

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA
VITERBO**



**Dipartimento di Studi Linguistico, Letterari, Storico,
Filosofici e Giuridici**

Corso di Dottorato di Ricerca in
Diritto dei contratti pubblici e privati
XXVIII Ciclo

**INADEMPIMENTO DELL'APPALTATORE
E RISOLUZIONE UNILATERALE DELLA STAZIONE APPALTANTE
S.S.D. IUS/01**

Coordinatore del corso:	Tutor:
Chiar.mo Professor Carlo Sotis	Chiar.mo Professor Maurizio Benincasa

Dottorando:
Dottor Alessandro Feliziani

16 maggio 2017

Indice

Introduzione

Capitolo Primo

Problemi conseguenti alla funzionalizzazione del negozio rispetto all'interesse pubblico: rimedio risolutorio ed interesse pubblico

- 1- Lo strumento negoziale come modulo di azione amministrativa pag. 32
- 2- Ambiguità presupposta del contratto pubblico, funzionalizzazione del negozio rispetto all'interesse pubblico, problema della effettività della tutela (rinvio) pag. 39
- 3- Contratto di appalto pubblico come fattispecie inclusiva delle più rilevanti tematiche del contratto pubblico. Rimedio risolutorio ed interesse pubblico..... pag. 49
- 4- L'attuale configurazione della nozione di appalto pubblico...pag. 55

Capitolo Secondo

Responsabilità dell'appaltatore tra diritto privato e diritto pubblico: il piano dell'indagine

- 1- La suddivisione in fasi del contratto di appalto pubblico ed il riparto di giurisdizione pag. 64
- 2- Eccezioni alla regola del riparto fondata sulla sola suddivisione del contratto di appalto pubblico in fase pubblicistica e fase privatistica pag. 70
- 3- Cessazione anticipata del contratto di appalto pubblico .. pag. 87

Capitolo Terzo

La dichiarazione unilaterale di risoluzione della stazione appaltante

- 1- Premessa metodologica pag. 104
- 2- Lo scioglimento del contratto di appalto pubblico per recesso della stazione appaltante pag. 109
 - a) *Natura della dichiarazione di recesso, dalla Legge n. 2248/1863 all. E, al codice dei contratti pubblici del 2016. Effetti sul riparto di giurisdizione.*
 - b) *Recesso nel codice civile e recesso nel codice dei contratti pubblici.*
 - c) *Segue: struttura e funzione del recesso privatistico e del recesso della stazione appaltante.*
 - d) *Natura giuridica del recesso ed effetti sulla giurisdizione.*
- 3- Inadempimento dell'appaltatore e scioglimento del contratto di appalto per dichiarazione unilaterale della stazione appaltante pag. 133
 - a) *Genesi e natura dell'istituto: dal decreto di rescissione, alla dichiarazione di risoluzione.*
 - b) *Riparto, giurisdizione esclusiva e principi costituzionali.*
 - c) *Codificazione della materia appalti e disciplina dell'istituto.*
 - d) *Riparto di giurisdizione e forme di tutela.*
 - e) *Natura negoziale della dichiarazione, conformità ai principi costituzionali e conservazione del contratto.*
 - f) *La previsione della tutela cautelare.*
 - g) *Il riconoscimento ex lege dei poteri del giudice ordinario.*
- 4- Struttura e funzione della risoluzione ex art. 108 del codice dei contratti pubblici pag. 193
 - a) *Risoluzione facoltativa.*

- b) *Risoluzione obbligatoria.*
- c) *Risoluzione per grave inadempimento.*
- d) *Raffronto tra lo strumento risolutorio del codice dei contratti pubblici ed i rimedi civilistici.*
 - i- Premessa.
 - ii- Importanza del momento in cui interviene l'accertamento dell'inadempimento rispetto allo stato di avanzamento dell'opera. Il *quantum* di gravità dell'inadempimento.
 - iii- Esecuzione completata ed inadempimento. Confronto tra le discipline e tutela del committente.
 - iv- L'inadempimento in corso di esecuzione.
- e) *Risoluzione per ritardo.*
- f) *Effetti della risoluzione ex art. 108.*

- 5- Riflessioni comparative finali pag. 237
 - a) *Fase di svolgimento dell'esecuzione.*
 - b) *Fase di avvenuta conclusione dell'esecuzione.*
 - c) *Casi di non completa esecuzione, di ritardo o rifiuto di consegnare l'opera.*
- 6- L'art. 108 del codice dei contratti pubblici come norma inclusiva di tutti i corrispondenti strumenti civilistici di risoluzione ... pag. 249
- 7- Verso una possibile tutela effettiva. Osservazioni conclusive pag. 252

Bibliografia

Introduzione

L'interesse per la risoluzione unilaterale del contratto di appalto pubblico non si deve tanto alle caratteristiche specifiche dell'istituto, quanto alla sua storica collocazione in un territorio di confine fra interessi pubblicistici e diritti soggettivi¹.

Dall'analisi dell'evoluzione dell'istituto è possibile rilevare che le difficoltà incontrate dagli interpreti – nel corso dei decenni - rispetto ad una serena ed obiettiva analisi di tale tipologia di risoluzione, potrebbero essere state indotte, in molti casi, da preconcepite posizioni ideologiche, assunte prima ancora di approfondire lo studio degli aspetti strutturali e funzionali.

Ed ancora, in tale contesto, i principali contrasti tra i diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali non sembra derivassero da divergenze attribuibili ad una diversa valorizzazione degli interessi pubblicistici e privatistici coinvolti, quanto piuttosto dal riconoscimento o meno di un potere autoritativo in capo all'amministrazione, esorbitante rispetto al c.d. diritto comune.

Vero è che la materia, fino all'emanazione del codice dei contratti pubblici del 2006 (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) è stata regolamentata dall'art. 340 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F² e dagli artt. 26 e 27 del Regolamento di cui al R.D. 25 maggio 1895 n. 350³.

¹ IRTI, *Prefazione* in Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, IX. L'Autore riferendosi ai rapporti tra amministrazione pubblica e diritto privato, afferma che "Diritto privato e diritto pubblico si contendono territori, avanzano o indietreggiano, occupano nuovi spazi o ne vengono ricacciati".

Ed aggiunge che "Se lo Stato di diritto è, nei tempi del nostro vivere, Stato parlamentare dei partiti, allora interessi privati ed interessi pubblici dipendono da una *scelta politica*, la quale li ordina, li provvede o li spoglia di tutela, li classifica e li dispone in gerarchia in preferenza. In ragione della scelta – la quale, come è ovvio, si risolve in posizione o abolizione di norme – vengono usate le diverse "tecniche" e messi in campo i diversi schemi di disciplina. La difesa di interessi privati o di interessi pubblici non sta nell'impiego di una od altra tecnica, ma nel *conflitto politico*, nel prevalere o soccombere entro le lotte del regime parlamentare" (ivi, X).

² L'art. 340 attribuiva all'amministrazione il diritto di "rescindere" il contratto qualora l'appaltatore si fosse reso colpevole di frode o di grave negligenza e fosse contravvenuto

Con la conseguenza che all'inerzia del legislatore rispetto ad una problematica così densa di applicazioni, in una materia estremamente carica di contenzioso, dovette supplire ancora una volta l'interpretazione giurisprudenziale.

La *scelta politica* ha lasciato il passo all'interpretazione giurisprudenziale.

Si comprende, pertanto, che l'evoluzione dell'istituto è stata caratterizzata soprattutto dal "contesto" in cui la stessa norma è risultata applicabile, in un lasso di tempo estremamente ampio, denso, com'è ovvio, di rilevanti modificazioni sociali.

Quanto ai riflessi nell'ambito giuridico, si pensi al processo di privatizzazione dell'amministrazione pubblica: si è visto che a partire dagli ultimi decenni dello scorso secolo, le fonti sovranazionali di derivazione europea hanno inciso profondamente nella materia del diritto della pubblica amministrazione, spingendo verso modelli dell'agire amministrativo idonei a fornire risposte concrete all'esigenza, sempre più avvertita, di maggiore efficienza ed efficacia dei pubblici apparati⁴.

agli obblighi ed alle condizioni stipulate e previste in materia, con conseguente diritto dell'appaltatore al rimborso dei soli lavori eseguiti, salvo il risarcimento dei danni causati all'amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto o dalla esecuzione d'ufficio.

³ L'art. 26 disciplinava l'ipotesi di frode, stabilendo che ogni volta si fosse verificato un fatto a carico dell'appaltatore che avesse dato luogo ad un procedimento penale per frode, anche nel caso di mera denuncia all'autorità giudiziaria da parte di terzi, l'ingegnere capo avrebbe dovuto riferire al Ministro, per mezzo dell'ispettore del compartimento, il quale avrebbe valutato l'opportunità della dichiarazione della rescissione del contratto ai sensi dell'art. 340 della legge sulle opere pubbliche.

L'art. 27 contemplava la diversa ipotesi della grave negligenza o contravvenzione di patti, stabilendo che nel caso in cui, per negligenza grave oppure per contravvenzione agli obblighi o alle condizioni stipulate, l'appaltatore avesse compromesso la buona riuscita dell'opera, l'ingegnere capo avrebbe inviato all'ispettore del compartimento una relazione particolareggiata; ove quest'ultimo avesse riconosciuto la necessità di un provvedimento, avrebbe incaricato l'ingegnere capo di comunicare la relazione all'appaltatore, prefiggendogli un termine tra i dieci ed i venti giorni per un riscontro; ottenute tali dichiarazioni oppure scaduto il termine senza che l'appaltatore avesse risposto, il Ministro, sulla base delle proposte dell'ispettore, avrebbe deciso se decretare la rescissione del contratto.

⁴ MASSERA, *Contratti con la pubblica Amministrazione*, in Dizionario di diritto pubblico diretto da Sabino Cassese, Vol II, Milano, 2006, 1390.

Per questo motivo il lavoro si apre con una ricognizione delle criticità ontologicamente connesse alla funzionalizzazione dello strumento negoziale rispetto all'interesse pubblico. Con conseguente individuazione dei sottoproblemi collegati alla cosiddetta "ambiguità presupposta" del contratto pubblico⁵, la quale si è rivelata fonte inesauribile di incertezze applicative, sia con riferimento al riparto tra le giurisdizioni, sia con riferimento ai limiti del sindacato del giudice ordinario: con ogni prevedibile conseguenza in termini di effettività di tutela degli interessi coinvolti, pubblici o privati che essi fossero.

E' risultato, infatti, da un lato, che il riconoscimento di un potere autoritativo in capo all'amministrazione non porta necessariamente alla migliore tutela degli interessi pubblici coinvolti; così come, dall'altro lato, riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario rispetto al sindacato sulla rescissione d'ufficio non significa necessariamente che le posizioni soggettive incise dall'atto risolutorio ottengano – per ciò solo - una tutela pienamente soddisfattiva.

Non a caso, si è detto che il contratto di appalto pubblico rappresenta la fattispecie inclusiva delle più rilevanti tematiche del contratto pubblico. Ed il rimedio risolutorio, quale esercizio di un potere particolarmente incisivo, in quanto funzionalizzato al perseguimento di un interesse pubblico, si pone, in tale contesto, come l'istituto più complesso ed interessante.

Nonostante ciò, autorevole dottrina ha rilevato, con riferimento all'istituto della rescissione d'ufficio, che "le opere che si sono occupate *ex professo* del tema sono molto poche, anche se di sicuro valore"⁶. Lo stesso Autore ha osservato, altresì, che "la elaborazione giurisprudenziale, dal canto suo, è certamente abbondante, e ricca di stimoli, ma risulta composta

⁵ CARANTA, *I contratti pubblici*, in Sistema del Diritto Amministrativo italiano, diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2012., 4: l'Autore definisce il contratto pubblico "Un istituto in bilico tra diritto comune e diritto speciale. ... un istituto ambiguo, se non proprio borderline, o addirittura una creatura schizofrenica, cioè una procedura che si trasforma in un negozio giuridico, come la farfalla dal bozzolo".

⁶ ANCORA, *La "rescissione" del contratto di appalto di opere pubbliche. Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 8.

di pronunce non sempre di elevata coerenza, sia tra di loro, all'esterno, sia al loro interno”⁷.

La rilevata carenza di elaborazione interpretativa ed applicativa ha pertanto rappresentato un ulteriore stimolo per la ricerca.

L'approfondimento dello studio dell'istituto è apparso ancor più interessante in considerazione del fatto che ancora oggi, come viene rilevato, si assiste ad “un'applicazione ormai ripetitiva, in quanto tradizionalmente impostata in termini granitici, del criterio di riparto tra le giurisdizioni”, avendo a modello la nota divisione della vicenda degli appalti pubblici in due fasi”⁸: formazione del contratto e scelta del contraente (fase pubblicistica); esecuzione del contratto (fase caratterizzata dalla posizione paritaria delle parti contrattuali).

In considerazione del fatto che la risoluzione incide sulla fase di esecuzione del contratto, si è proceduto ad analizzare se - ed in caso positivo, in quale misura - il suddetto tradizionale criterio di riparto tra le giurisdizioni⁹, risultasse appagante, rispetto alla tutela delle posizioni soggettive incise dall'atto risolutorio.

⁷ ANCORA, *La “rescissione” del contratto di appalto di opere pubbliche. Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, cit., 8.

⁸ SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2015, 1252 e ss.: “Una prima fase, detta dell'evidenza pubblica, preordinata alla formazione del contratto e soprattutto alla scelta del contraente privato; e una seconda fase in cui il contratto, oramai stipulato, generalmente ad esecuzione prolungata, è eseguito dall'amministrazione committente e dall'appaltatore privato, adempiendo alle diverse prestazioni in esso dedotte”.

⁹ Sul criterio di riparto si veda Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 23 ottobre 2014, n. 22554, con riferimenti alla concorde giurisprudenza del Consiglio di Stato, espressa con la sentenza n. 10/2011, in *Repertorio UTET Pluris*, voce *Competenza e giurisdizione civile – Giurisdizione amministrativa*.

Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 18 febbraio 2011, n. 53: “La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, nel settore degli appalti pubblici, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale è disciplinato da norme che devono essere ascritte nell'ambito materiale dell'ordinamento civile. Ciò in quanto, in tale fase, l'amministrazione si pone in posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale (*ex multis* sentenza 401 del 2007). Con riferimento alla disciplina del collaudo, pertanto, le regioni sono tenute ad applicare la

Allo scopo di delimitare il perimetro del lavoro, sono state menzionate altre situazioni che sfuggono al criterio di riparto per fasi, laddove, ad esempio, vi sia comunque esplicazione di poteri discrezionali nella fase dell'esecuzione, oppure situazioni in cui, sempre nella fase di esecuzione, emergano vizi o problematiche sopravvenute che possano incidere sulla legittimità della precedente fase pubblicistica.

Con specifico riferimento alla cessazione anticipata del contratto di appalto pubblico – quale ulteriore ipotesi di ritenuto esercizio di poteri autoritativi nella fase di esecuzione - si è dato conto della complessità del quadro normativo, a causa dell'aggregazione, da un lato, di regole comunitarie e di regole interne riferibili alla contrattualistica pubblica, finalizzate alla sorveglianza ed al controllo degli aspetti della gestione della finanza pubblica e, dall'altro lato, di regole e principi di natura civilistica, dettati dall'ordinamento nazionale, laddove non derogati dalle disposizioni in tema di contratti pubblici¹⁰.

Si è inoltre trattato della pluralità degli istituti finalizzati alla cessazione anticipata del contratto ed alla possibile sovrapposizione di alcuni di essi, con particolare riferimento ai rapporti fra la revoca pubblicistica ed il recesso da codice dei contratti pubblici, ma anche del recesso stesso rispetto alla vecchia rescissione d'ufficio, i cui tratti distintivi non apparivano chiari, né alla dottrina, né alla giurisprudenza dei primi del '900.

Si è ritenuto in proposito di dover evidenziare che, nella prassi applicativa, in assenza degli opportuni approfondimenti sistematici, si potrebbe avere l'apparente contraddizione derivante dal fatto che istituti di diritto privato, istituti previsti dalla legislazione speciale sui contratti

normativa statale e ad adeguarsi alla disciplina dettata dallo Stato per tutto quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture. Questo non significa – aggiunge la Corte – che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possono residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici, riferibili in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.

¹⁰ CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, II edizione, 2015 Roma, 1476.

pubblici ed istituti di matrice pubblicistica, potrebbero in astratto apparire fra loro come fungibili. Un uso spregiudicato ed utilitaristico di tali strumenti non corrisponderebbe né alle finalità proprie di ciascun istituto, né consentirebbe di effettuare le dovute valutazioni rispetto alle posizioni soggettive coinvolte.

Si è dato conto, sotto tale aspetto, dell'importante contributo fornito dalla sentenza n. 14 del 20 giugno 2014 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la quale il supremo consesso ha opportunamente chiarito gli ambiti applicativi degli istituti della revoca pubblicistica, da un lato, e del recesso previsto dalla legislazione speciale del codice dei contratti pubblici, dall'altro lato: con ciò fornendo importanti conferme, quanto alla individuazione degli indici rilevatori sulla natura degli atti adottati nella fase di esecuzione del contratto e, ancor prima, sui poteri di cui tali atti rappresentano esplicazione.

Di più, l'analisi argomentativa offerta dal supremo consesso di giustizia amministrativa, ha confermato l'attualità di alcuni problemi di fondo, non ancora compiutamente risolti, tenuto conto che - come si è potuto rilevare - la pur utile e funzionale suddivisione in fasi del contratto di appalto, non può risolvere in via definitiva, in punto di giurisdizione e di pienezza di tutela, le criticità che derivano dalla natura ontologicamente complessa del contratto di appalto pubblico.

Così ristretto il campo di indagine, la ricostruzione del recesso disciplinato dal codice dei contratti pubblici è stata svolta in apertura dell'approfondimento sulla dichiarazione unilaterale di risoluzione da parte della stazione appaltante: ciò in considerazione del fatto che - come si è rilevato da uno scritto redatto da uno dei più attenti autori dei primi del '900 rispetto alla dinamica degli appalti di opere pubbliche¹¹, così come si è

¹¹VACCHELLI, *Sulla illegittimità e invalidità degli atti amministrativi per omissione di forme*, in *Foro Italiano*, 1906, I, 427 (nota a sentenza Tribunale di Roma, 15-12-1902): l'Autore afferma che "Due sono, come è noto, i casi di risoluzione di un contratto di lavori

riscontrato nella giurisprudenza di legittimità dell'epoca¹² - al momento della emanazione della legge del 20 marzo 1865 sui lavori pubblici, gli istituti della rescissione e del recesso venivano denominati entrambi rescissione o risoluzione.

Lo studio analizza e descrive la graduale evoluzione del recesso previsto dalla legge sulle opere pubbliche, evidenziando la continua osmosi con il corrispondente istituto civilistico, ancora non delineato come istituto generale prima del codice civile del 1942, ma tuttavia presente con riferimento alla locazione di opere.

All'esito dell'analisi della evoluzione storica dell'istituto del recesso, mentre è apparsa condivisibile l'affermazione secondo cui la disciplina testuale dell'istituto dal 1865 al 2006 non ha mai subito mutamenti di rilievo¹³, tuttavia si è potuto sottolineare che in forza dell'evoluzione conseguente all'interpretazione dottrinarie e giurisprudenziale, nonché a causa della graduale evoluzione del contesto sociale, la disposizione ha percorso trasversalmente i territori del diritto pubblico, collocandosi successivamente in via sistematica tra gli strumenti privatistici posti a disposizione della pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto di appalto di opere pubbliche.

All'esito anche dell'analisi comparativa tra il recesso civilistico ed il recesso da codice dei contratti pubblici, abbiamo potuto affermare che la fattispecie prevista dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici del 2006 aveva attribuito all'amministrazione committente un diritto in tutto e per tutto analogo a quello previsto dall'art. 1671 c.c. per il committente privato¹⁴ e che, di conseguenza, è stata da tempo riconosciuta una

pubblici: quello contemplato dall'art. 340 L. 20 marzo 1865 sui lavori pubblici e quello contemplato dall'art. 345 della stessa legge”.

¹² Cass. Roma, sent. 14 novembre, 21 dicembre 1911, in Foro It., 150.

¹³ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da Giuseppe France Ferrari e Giuseppe Morbidelli, Milano 2013, Articolo 134 Recesso, 178.

¹⁴ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126: 129 – 141)*, cit., 679: l'Autore afferma in particolare che la disposizione di cui all'art 134 del codice dei contratti del 2006 “è riconducibile al recesso ad nutum

sostanziale identità fra i due istituti, sia quanto ai presupposti, sia quanto agli effetti¹⁵.

E poiché l'art. 109 del nuovo codice dei contratti pubblici non ha innovato la precedente disciplina, se non per aspetti meramente formali¹⁶, si è concluso nel senso della conferma, in termini di attualità, della natura privatistica dell'istituto del recesso esercitato dalla stazione appaltante.

Con riferimento al tema centrale dell'inadempimento dell'appaltatore e del conseguente scioglimento del contratto per dichiarazione unilaterale della stazione appaltante, abbiamo rilevato che a far data dai primi decenni del 1900 la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria, pur avendo attribuito alla giurisdizione ordinaria il sindacato sulle controversie in materia di rescissione di contratti di appalto¹⁷, ritennero per molto tempo che la relativa delibera conservasse la natura di atto amministrativo.

Abbiamo individuato un elemento di incoerenza del sistema, nel fatto che la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha sempre sostenuto che tale atto pubblicistico non scalfisce la consistenza del diritto soggettivo sottostante, il quale, pertanto, si ritiene non degradato ad interesse.

Dall'analisi del pensiero dottrinario e delle interpretazioni giurisprudenziali dell'epoca, fino all'attualità, è emerso che il criterio di riparto come sopra delineato sembra rispondere più ad una logica

previsto per il committente nel contratto d'appalto privato (art. 1671 c.c.) e, al pari di questo, costituisce un'eccezione (che deve quindi essere espressamente prevista dalla legge) alla regola generale secondo cui, una volta concluso, il contratto non può essere sciolto se non per mutuo consenso (art. 1372 c.c.)”.

¹⁵ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 183.

¹⁶ NAPOLEONE, *Il codice dei contratti pubblici, Commento al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., 288; così, implicitamente, MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici, Le novità del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per i settori ordinari*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 331.

Più nel dettaglio, dal confronto testuale gli articoli 134 del codice del 2006 e 109 del nuovo codice appaiono del tutto identici, con i soli aggiustamenti testuali dovuti all'ampliamento della disciplina anche agli appalti di servizi e forniture.

¹⁷ VARANESE, *Le controversie per la rescissione di appalti di opere pubbliche*, in *Acque, bonifiche, costruzioni*, 1953, I, 264 (Nota a Consiglio di Stato, VI sezione, sentenza 21 aprile 1952, n. 237).

precostituita, che ad una effettiva e coerente analisi delle posizioni soggettive coinvolte.

Abbiamo inoltre rilevato che, nonostante il fatto che a partire dagli anni '60 del 1900 accordo e contratto assunsero un sempre maggiore rilievo nella riflessione teorica - in ragione di un contesto generale assai mutato, più favorevole ad un modello di amministrazione consensuale¹⁸ - ancora negli anni '80 la giurisprudenza maggioritaria considerava la delibera di rescissione quale atto amministrativo.

A fronte della descritta posizione tradizionale - nonostante apparisse predominante l'idea che la delibera di rescissione avesse natura pubblicistica - abbiamo constatato che la qualificazione della natura della dichiarazione di rescissione ha continuato a rappresentare per decenni un nodo irrisolto. Di ciò si ebbe riprova in occasione della emissione di tre sentenze, in contraddizione tra loro su aspetti di rilievo, rese da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'anno 1984, proprio in tema di rescissione dell'appalto di opere pubbliche: una delle tre sentenze statuì la natura privatistica dell'atto di risoluzione, mentre le altre due le attribuirono natura provvedimentale.

Allo scopo di pervenire ad un'analisi per quanto possibile oggettiva sulla natura della risoluzione unilaterale, abbiamo ritenuto di prendere le mosse da alcune sentenze emesse nel 2001 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le quali è stata affermata in modo netto la natura negoziale della dichiarazione di risoluzione; laddove anche si fossero utilizzate le forme del provvedimento amministrativo a tale scopo, le Sezioni Unite precisarono che anche in tale circostanza la decisione della stazione appaltante avrebbe operato nell'ambito "delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti".

¹⁸ SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1253.

Abbiamo tuttavia rilevato che la Corte non si spinse al punto di estendere il sindacato del giudice ordinario fino alla conseguenza del riconoscimento all'appaltatore non inadempiente di una tutela piena, eventualmente conservativa del contratto¹⁹.

Sul piano della giurisprudenza amministrativa, parimenti, abbiamo rilevato che il Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza n. 515 del 30 gennaio 2002, affermò che recesso, rescissione, nonché risoluzione unilaterale del rapporto, posti in essere dalla pubblica amministrazione, si caratterizzano per l'evidente natura negoziale". Negli stessi termini si esprime il Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, con sentenza n. 603 del 18 aprile 2005²⁰.

Anche per i giudici amministrativi, pertanto, risultava ormai acquisita – seppure non univocamente – la qualificazione in termini negoziali della dichiarazione unilaterale di risoluzione da parte della stazione appaltante.

Abbiamo quindi analizzato i motivi che hanno condotto a tale significativa modificazione di prospettiva, rilevando che la più moderna dottrina ha condivisibilmente sottolineato l'incoerenza²¹ delle posizioni tradizionali rispetto alle regole generali tuttora vigenti in materia di riparto tra le giurisdizioni.

¹⁹ Si è indicata, ad esempio, Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza n. 1217 del 4 febbraio 2000, nella quale si afferma che il sindacato del giudice deve consistere in una "indagine globale ed unitaria, coinvolgente il comportamento di ciascuna delle parti e l'influenza che esso ha avuto su quello dell'altra, in quanto l'unitarietà del rapporto obbligatorio non tollera una valutazione frammentaria e settoriale del comportamento del contraente, ma esige un apprezzamento complessivo, non potendo la rescissione essere utilizzata dall'Amministrazione per far valere inadempimento minori dell'appaltatore e non rispondere di propri più gravi inadempimenti che, nell'economia complessiva del contratto, ne giustificerebbero la risoluzione per sua colpa".

²⁰ TAR Sardegna, 18 aprile 2005, n. 603, in *Foro Amministrativo* – TAR 2005, 1296: "Sono devolute alla cognizione del g.o. le controversie relative alla risoluzione per inadempimento di un contratto di appalto pubblico, ancorché disposte unilateralmente dall'amministrazione, attesa l'incidenza della disposta risoluzione su posizioni di diritto soggettivo e la natura negoziale e non provvedimentale degli atti con cui la stessa viene disposta".

²¹ Si veda ancora CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 913.

In particolare, abbiamo condiviso il pensiero di quella dottrina²² che ha rilevato la “singolarità” della tesi che configura la dichiarazione unilaterale di risoluzione come esplicazione di un potere autoritativo e discrezionale, con riferimento al fatto che, su tale presupposto, non sussisterebbe la degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo.

Secondo tale dottrina una “ordinata costruzione dogmatica” imporrebbe un’indagine fondata sul diritto positivo, allo scopo di qualificare la suddetta dichiarazione in termini pubblicistici o in termini privatistici. Con la “conseguenza inderogabile” che, nel primo caso, si verterà in tema di interessi legittimi del privato, mentre nel secondo in tema di diritti soggettivi perfetti: *tertium non datur*²³.

Su tali presupposti, analizzati approfonditamente, abbiamo ritenuto di poter affermare che la dichiarazione unilaterale della stazione appaltante di risoluzione del contratto di appalto dovrebbe essere qualificata come un diritto potestativo e non, invece, come esplicazione di un potere amministrativo.

Restava da verificare, a questo punto, l’aspetto della tutela degli interessi coinvolti dalla risoluzione, essendo stato evidenziato, da parte della più moderna dottrina, quanto apparisse contraddittorio ritenere irreversibile l’effetto risolutivo della dichiarazione, se effettuata in carenza dei presupposti di legge.

Si sottolineava, peraltro, che laddove il committente pubblico avesse ritenuto di doversi sciogliere dal vincolo negoziale, avrebbe comunque potuto utilizzare lo strumento specifico del recesso ai sensi del codice dei contratti pubblici. Pur con la conseguenza che, in tal caso,

²² MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 684

²³ MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 684: gli Autori aggiungono che “Costruzioni tendenti a conciliare l’atto amministrativo discrezionale col diritto soggettivo appaiono in verità stridenti con gli schemi di teoria generale che postulano assetti concettuali consolidati, in quanto fondati su elaborazioni che hanno essenzialmente a base il diritto positivo”.

l'amministrazione si sarebbe dovuta fare carico dei maggiori oneri ivi previsti in favore dell'appaltatore²⁴.

Abbiamo sottolineato la rilevante novità della tesi sopra esposta²⁵, avendo il Pellegrino affrontato in termini di sistema il fulcro del problema, ovvero la natura della dichiarazione di risoluzione.

Rilevavamo, tuttavia, che tale costruzione teorica non rappresentava in termini concreti una soluzione, quanto piuttosto una efficace argomentazione, utile allo scopo di evidenziare le criticità derivanti dalla ormai datata concezione della dichiarazione unilaterale di risoluzione come un atto avente natura pubblicistica.

Occorreva, pertanto, procedere oltre nella ricerca.

Abbiamo quindi analizzato le motivazioni poste a sostegno della tesi negoziale della dichiarazione di risoluzione, valutandole convincenti e coerenti con il sistema.

L'adesione alla tesi negoziale ci ha condotti alla conseguente ricerca di adeguate argomentazioni per il superamento dei problemi posti dalla tesi tradizionale, che nega il potere del giudice di ripristinare il rapporto contrattuale - pur in presenza di un atto risolutorio carente dei presupposti di legge - in funzione dell'applicazione del combinato disposto dagli artt. 4 e 5 della Legge n. 2248/1865, all. E, sui c.d. limiti interni della giurisdizione ordinaria²⁶.

²⁴ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, a cura di Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, Roma, 2008, 921 e ss

²⁵ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 928.

²⁶ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 222: "Del resto, è ormai andata consolidandosi la dottrina l'idea secondo la quale il principio costituzionale di una tutela giurisdizionale effettiva, piena e completa dei diritti soggettivi nei confronti dell'Amministrazione (art. 24 e 113 Cost.) consentirebbe al giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo non soltanto al fine di pronunciare sentenze di mero accertamento o di condanna al risarcimento dei danni, ma anche allo scopo di pronunciare sentenze di condanna aventi un diverso contenuto, perlomeno quando la pronuncia non coinvolga l'esercizio di un potere autoritativo della P.A. e abbia ad oggetto non già l'emanazione di un atto amministrativo, ma un facere materiale, come avverrebbe appunto nella specie". Si veda il riferimento dell'Autore, ivi, alla nota 47, a TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 112-117; CARINGELLA, *Limiti interni*

E tuttavia, come sottolineato dalla più attenta dottrina, i limiti posti al giudice ordinario rispetto ai provvedimenti assunti dall'amministrazione, non possono riguardare l'amministrazione in quanto tale, ma solo l'atto amministrativo, come espressione del "potere" dell'amministrazione. Pertanto, là dove l'Amministrazione non esercita un potere conferitole dalla legge, non si può ammettere alcuna limitazione ai poteri del giudice". Di conseguenza, come è stato rilevato²⁷, "Il limite interno della giurisdizione civile ... non va esteso a tutto ciò che non sia strettamente diritto privato, ma va circoscritto a tutto ciò che non sia previsto dalla legge come potere pubblico"²⁸.

Tale orientamento è stato confermato dal contenuto delle importanti sentenze emesse dalla Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006 e dagli autorevoli commenti, dei quali abbiamo dato atto.

Per ciò che interessa in questa sede, si è dato conto del particolare rilievo dell'affermazione secondo cui il giudice amministrativo è "il giudice naturale non tanto e non solo del provvedimento, ma del potere dell'amministrazione"²⁹.

e poteri del g.o. – Azioni proponibili e disciplina del processo, in Manuale di diritto processuale amministrativo, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis, V. Poli, Roma, 2009, 1052-1069, nonché il riferimento a NIGRO, *Giustizia amministrativa*, V edizione, a cura di E. Cardì e A. Nigro, Bologna, 2000, 186 e ss., uno dei primi sostenitori della tesi, fondata sulla interpretazione costituzionale dell'art. 4 della Legge n. 2248/1865, all. E.

²⁷ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 114.

²⁸ In giurisprudenza, si veda Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 1985, n. 651, dove si afferma che in relazione all'attività privatistica della pubblica amministrazione, il giudice ordinario non incontra i limiti imposti dagli artt. 4 e 5 della Legge n. 2248/1965 all.E.

²⁹ Si veda, in proposito, anche il riferimento giurisprudenziale che si legge in CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 84, nota 12: Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2007, n. 9: "La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non provi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconducibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto e provvedimento e non come via di fatto. Non si verifica il collegamento con l'esercizio del potere quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la

Abbiamo quindi ritenuto di poter affermare che la tesi che individua la natura negoziale della dichiarazione unilaterale di risoluzione risulta fondata, sia sotto il profilo dell'analisi dell'evoluzione storica dell'istituto, sia sotto l'aspetto della struttura dell'atto e della sua funzione.

Si è avuta, inoltre, conferma che l'accertamento di tale natura ha rappresentato un importante punto di partenza allo scopo di verificare la corretta applicazione, in materia, dei principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 113, comma 1, della Costituzione, sotto il profilo della pienezza della garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione³⁰.

E preso atto, come è stato rilevato³¹, che “la tutela del diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione deve essere piena e completa” e che, inoltre, “si deve anche permettere al giudice di emettere quel tipo di sentenza che sia più idoneo e adeguato per la garanzia del diritto fatto valere in giudizio”, la nostra ricerca è proseguita andando a verificare se l'adesione a tale orientamento risultasse soddisfattiva degli interessi coinvolti.

Quanto alla posizione soggettiva dell'appaltatore, tale impostazione assicurerebbe senza dubbio una tutela più effettiva.

consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda”.

Sul punto si rimanda anche a BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 47 e ss.

³⁰TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 223: “Oggi i principi costituzionali di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), di legalità e di tipicità degli atti amministrativi, uniti a quello già ricordato di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), impongono di escludere che i poteri del giudice ordinario possano trovare limiti se non di fronte a provvedimenti amministrativi (autoritativi) che siano espressione del pubblico potere conferito alla P.A. dalla legge”.

³¹ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 115.

Nel caso in cui il giudice ordinario accertasse che la risoluzione fosse stata dichiarata in assenza dei presupposti di legge, non sussistendo limiti, quanto ai provvedimenti emettibili, l'appaltatore potrebbe ottenere la conservazione degli effetti del contratto, ovvero la prosecuzione dell'esecuzione mediante la compiuta realizzazione dei lavori al prezzo stabilito.

E tuttavia, quanto al profilo pubblicistico, abbiamo osservato che l'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante risulterebbe ancor più tutelato, in considerazione del fatto che sarebbe lecito presumere che l'amministrazione avesse dichiarato la risoluzione sul presupposto erroneo della sussistenza di un grave inadempimento contrattuale. E che, al contrario, una volta accertato che tale violazione non sussisteva, la migliore tutela per l'interesse pubblico, come valutato nella fase pubblicistica della scelta del contraente, sarebbe rappresentata dalla prosecuzione dell'esecuzione mediante il completamento dei lavori concordati, al prezzo contrattuale stabilito nel corso della fase pubblicistica.

Si è inoltre rilevato che gli effetti del possibile vuoto di tutela – in prima battuta in favore dell'appaltatore che avesse subito passivamente gli effetti definitivi di una ingiustificata risoluzione unilaterale - inciderebbe negativamente (anche) sul pubblico interesse oggetto di specifica valutazione a monte, nella fase pubblicistica relativa alla predisposizione del bando di gara ed alla scelta del contraente.

Abbiamo rilevato che sottovalutare tale aspetto potrebbe condurre a compromettere le garanzie assunte a tutela del pubblico interesse, alla cui salvaguardia sono finalizzate le procedimentalizzazioni poste a presidio della fase pubblicistica, prodromica rispetto alla stipulazione del contratto.

Abbiamo altresì supposto che la stazione appaltante potrebbe ritenere di scegliere l'opzione della dichiarazione di risoluzione, pur in assenza dei presupposti di legge, in considerazione dei minori costi rispetto all'istituto del recesso. Con la conseguenza che, in tale ipotesi, una carenza di

effettività di tutela assumerebbe la connotazione di una indiretta violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione.

Infine, sotto altro profilo, abbiamo dato atto che attenta dottrina ha altresì rilevato³² che la possibilità di ottenere una tutela giudiziaria piena concorre a determinare quelle condizioni di parità, trasparenza e legalità, necessarie al fine di rendere effettiva e virtuosa la competizione tra i concorrenti. E' infatti evidente che una così incisiva limitazione di tutela a danno del privato appaltatore potrebbe rappresentare un motivo di dissuasione da parte degli imprenditori, alla partecipazione alle gare.

Sempre con riferimento all'analisi della natura della dichiarazione di risoluzione, al riparto tra le giurisdizioni ed alla conseguente tutela disponibile per le parti contrattuali, la ricerca è stata rivolta alla particolare ed ambivalente previsione di cui all'art. 109, comma 9, seconda parte, che positivizza, mediante specifica previsione, la legittimazione del giudice ordinario ad emettere provvedimenti cautelari o d'urgenza nei confronti della stazione appaltante.

E tuttavia, si è dato atto della eccentricità della disposizione, laddove riconosce in capo alla stazione appaltante il diritto potestativo di paralizzare il provvedimento cautelare emesso dal giudice, all'esito di un accertamento sulla illegittimità della dichiarazione risolutoria.

La norma, in attesa del probabile vaglio costituzionale, viene giudicata dalla unanime dottrina in termini contraddittori e perplessi. Si è rilevato, in particolare, in conformità a quanto ritenuto dalla dottrina più attenta alla tematica della necessità ed opportunità di attribuire all'appaltatore una pienezza di tutela³³, che il potere di paralizzare il provvedimento del giudice

³² LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 685.

³³ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit.; FISCHIONE, *La risoluzione degli appalti pubblici tra diritto comune e diritto speciale*, in *Archivio giuridico opere pubbliche*, 2008, 140; GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L'esecuzione*, cit., 3685; GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Tomo II, Roma, 2012, 1828; TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 930; LINGUITI,

assume ancora maggiore efficacia, in considerazione dei poteri di autotutela esecutiva previsti in favore della stazione appaltante.

In ogni caso, si è dato atto del fatto che la citata norma, avendo previsto espressamente la legittimazione del giudice rispetto alla emissione di provvedimenti cautelari o di urgenza, ha rappresentato un importante punto di arrivo, che va oltre le incongruenze rilevabili nella disposizione.

E' chiaro, infatti, che la previsione di una tutela cautelare non avrebbe ragione di essere stata prevista, se non allo scopo di tutelare l'interesse dell'appaltatore alla conservazione del contratto, ovvero alla prosecuzione dell'esecuzione, mediante una condanna della stazione appaltante all'esatto adempimento.

In altri termini, poiché il provvedimento cautelare appare ontologicamente strumentale rispetto alla sentenza definitiva, resa a cognizione piena, appare chiaro che detta previsione ha aperto la strada, sulla scorta di un dato normativo testuale, ad una interpretazione della materia che consente di ammettere una tutela piena dell'appaltatore³⁴.

Preso atto del fatto che un percorso interpretativo finalizzato al riconoscimento di una tutela effettiva sembrava potersi concretamente fondare anche su un dato normativo, il lavoro è proseguito mediante l'approfondimento dell'analisi delle disposizioni relative alla risoluzione per inadempimento dell'appaltatore.

Si è quindi provveduto alla disamina delle singole ipotesi di risoluzione previste dall'art. 108 del codice dei contratti pubblici, rilevando, quanto alla risoluzione facoltativa ed alla risoluzione obbligatoria di cui ai commi 1 e 2,

L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126; 129 – 141), cit., 690; LINGUITI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, 2013, 1626; CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1544.

³⁴ Si veda in proposito LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126; 129 – 141)*, cit., 690: "Tale norma, da un lato, infatti, presuppone che l'appaltatore possa anche ottenere una tutela cautelare o d'urgenza finalizzata, evidentemente, a conservare all'esecutore la possibilità di eseguire i lavori, con l'ulteriore conseguenza che si rinviene un dato testuale a sostegno della condivisibile tesi di chi ritiene che l'atto di risoluzione debba poter essere disapplicato o dichiarato inefficace dal Giudice ordinario".

la inclusione delle stesse nel concetto di inadempimento imputabile ai fini risolutori. Si è dato conto del fatto che, come rilevato in dottrina³⁵, la legislazione speciale ha da tempo evidenziato una “tendenza del legislatore alla tipizzazione dell’inadempimento e alla conservazione del contratto”.

Sotto altro profilo, abbiamo ritenuto di ritenere che la violazione del rapporto fiduciario derivante dal definitivo accertamento di reati commessi dall’appaltatore o la sottoposizione di questi a misure espressamente previste dalla normativa di riferimento, in quanto fattispecie significative e tipizzate della rottura del rapporto fiduciario tra le parti, non potrebbero non essere comprese nel concetto di inadempimento rilevante ai fini della dichiarazione di risoluzione.

Quanto, invece, alla risoluzione per grave inadempimento e per ritardo (commi 3 e 4 dell’art. 108), si è proceduto all’analisi delle relative disposizioni, effettuando di pari passo un confronto con gli omologhi istituti civilistici. L’esito positivo dell’indagine avrebbe fornito ulteriore riprova della natura negoziale anche della risoluzione ex art. 108.

L’osservazione traeva spunto da quanto ritenuto da autorevole dottrina, secondo la quale mentre le norme di diritto privato sarebbero volte a “ristabilire la sinallagmaticità violata (soddisfacendo l’interesse secondario risarcitorio)”, invece “la risoluzione dell’appalto di opera pubblica garantisce la realizzazione dell’interesse sotteso al contratto”.

Secondo tale impostazione, si avrebbe, quindi, una forma di tutela meramente formale sul piano privatistico, contro una tutela sostanziale ed effettiva sul piano pubblicistico.

Si è rilevata la necessità di esaminare la veridicità di tale autorevole osservazione, la quale avrebbe potuto evidenziare una incoerenza del sistema: laddove tale assunto fosse risultato dimostrato, si sarebbe dovuto

³⁵ Si vedano BENINCASA-CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, Torino, 2005, 2427.

prendere atto della presenza di una grave lacuna nel sistema civilistico in termini di effettività di tutela.

Il raffronto tra lo strumento risolutorio del codice dei contratti pubblici ed i rimedi civilistici è stata effettuata con riferimento a due profili: da un lato, con riguardo al “momento” in cui interviene l’accertamento dell’inadempimento rispetto allo stato di avanzamento dell’opera; dall’altro lato, con riferimento al *quantum* di gravità dell’inadempimento.

All’esito del lavoro, del quale si darà conto nel testo, si è potuto affermare, seppure con le dovute cautele, che i rimedi civilistici, da un lato, ed il rimedio speciale “pubblicistico” dall’altro lato, hanno evidenziato caratteristiche strutturali e funzionali del tutto sovrapponibili.

E’ risultata dunque confermata la comune natura negoziale degli specifici rimedi risolutori posti a garanzia dell’esatta esecuzione del contratto di appalto, sia privato, che pubblico.

All’esito, si è proceduto ad effettuare alcune riflessioni comparative, prendendo in esame gli strumenti risolutori civilistici utilizzabili nelle diverse fasi dello svolgimento dell’esecuzione dell’appalto.

Con riferimento alla fase di svolgimento dell’esecuzione, è stato dato risalto agli orientamenti dottrinari, i quali sottolineano la rilevanza dell’istituto della risoluzione anticipata di cui all’art. 1662, comma 2, c.c..

Si tratta, infatti, di una fattispecie particolarmente funzionale proprio nella materia dell’appalto – in quanto contratto ad esecuzione prolungata – essendo finalizzata a “ non imporre al committente di dover attendere passivamente l’ultimazione dell’esecuzione della prestazione del debitore, che riveli già un’inadempienza di quest’ultimo”.

Si è inoltre dato riscontro al fatto che la norma risponde con efficacia all’esigenza e alla “necessità di conferire uno spessore maggiore al potere di

controllo dello stato e dello svolgimento dei lavori (art. 1661, primo comma, c.c.) che spetta al committente”³⁶.

E’ stato sottolineato che detta norma presuppone l’acquisizione di una “nozione più ampia di prestazione, non più circoscritta all’atto solutorio finale, ossia al conseguimento del bene o del risultato da parte del creditore, ma inclusiva di tutta l’attività strumentale preordinata a tale fine”³⁷. All’intimazione di cui all’art. 1662, comma 2, c.c., in particolare, è stata attribuita una funzione preventiva, rappresentando una reazione contro il “pericolo di adempimento”³⁸.

Si è inoltre rilevato che, con riferimento al contratto di appalto, tale prerogativa risulta affiancata al potere di recesso *ad nutum*, accordato in via generale al committente dall’art. 1671 c.c., che la più moderna dottrina ritiene esperibile anche in caso di inadempimento dell’appaltatore, “senza necessità di indagini sull’importanza dell’adempimento, le quali – secondo la giurisprudenza – rileverebbero soltanto quando il committente dovesse pretendere, altresì, il risarcimento del danno per l’inadempimento in cui l’appaltatore sia già incorso al momento del recesso”³⁹.

Si è ritenuto plausibile, pertanto, sostenere che risoluzione di diritto e recesso per inadempimento possano fungere da strumenti alternativi, finalizzati all’immediato scioglimento del contratto a fronte di un inadempimento grave.

Inevitabile la conseguente condivisione di quanto rilevato, da ultimo, dal Paladini, su quanto appaia “irragionevole” che, al contrario, nel caso di vizi e difformità tali da rendere l’opera del tutto inadatta alla sua destinazione,

³⁶ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell’appaltatore*, cit., 152.

³⁷ PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 22.

³⁸ PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 139.

³⁹ PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 141: l’Autore rimanda in proposito (ivi nota 47) a Cass., 22 aprile 2008, n. 10400 e Cass. 13 luglio 1998, n. 6814, in *Studium Iuris*, 1998, 1384.

“il committente sia costretto ad attendere i tempi del giudizio costitutivo per sentire pronunciato il suo scioglimento del rapporto contrattuale”⁴⁰.

Con la conseguenza che, secondo il predetto Autore, in tutti i casi di risoluzione del contratto di appalto, il diritto del committente allo scioglimento del rapporto potrebbe essere esercitato mediante “atto unilaterale con effetti sostanziali automatici”.

Con riferimento, invece, alla fase di avvenuta conclusione dell’esecuzione, si è analizzato il complesso meccanismo di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c. e si è dato conto dell’autorevole indirizzo dottrinario⁴¹ che, conformemente a quanto sopra rilevato, parimenti, ha sottoposto a revisione critica l’opinione tradizionale che afferma il carattere costitutivo della sentenza di risoluzione.

Su tali presupposti, si è rilevato che, secondo tale indirizzo minoritario, dal momento della notificazione della domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c. il contratto risulterebbe “inefficace”: infatti, si afferma, “il debitore non può adempierlo spontaneamente, né il creditore può esigerne l’esecuzione”.

Ed ancora: “Posto che il contratto è inefficace già al momento della domanda, il giudice non scioglie il rapporto, ma si limita ad accertare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge (gravità dell’inadempimento, assenza di circostanze giustificanti, ecc.), analogamente a come procede in relazione alle fattispecie codificate di risoluzione “di diritto”.

Pertanto, riportando le parole di Della Casa, “se pronunciando la sentenza il giudice si limita ad accertare una fattispecie che si è perfezionata con la proposizione della domanda, la linea di demarcazione tra la sfera

⁴⁰ PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 141.

⁴¹ DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e “di diritto”. Orientamenti e problemi*, cit., 147 e ss.; SACCO, *Il contratto*, in Sacco e De Nova, cit. 648; SACCO, *Risoluzione per inadempimento*, Digesto disc. Priv., sez., civ., XVIII, Torino, 1998, 62; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in Tratt. Contratti Rescigno, I, I contratti in generale, 2, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 1508 e ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 335 e ss.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in Riv. Dir. Civ., 1964, I, 28 e ss.; ROPPO, *Il contratto*, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2001, 971; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 307.

della risoluzione giudiziale e quella della risoluzione di diritto si attenua fino a scomparire”⁴².

Quanto ai casi di non completa esecuzione, di ritardo o di rifiuto di consegnare l’opera, a fronte della comunemente ritenuta applicabilità della risoluzione generale di cui all’art. 1453 c.c., si è evidenziato che alcune pronunce giurisprudenziali hanno ammesso l’applicazione della risoluzione generale ai sensi dell’art. 1453 c.c., quando nel corso dei lavori sia risultato evidente che i vizi e le difformità rilevate, preannunciavano un’opera del tutto inadatta alla sua destinazione e i vizi e le difformità non risultavano eliminabili. In tali casi, si è ritenuto che il committente potesse ottenere la risoluzione senza dover attendere il compimento dell’opera.

Abbiamo visto che secondo alcuni Autori⁴³ tale interpretazione giurisprudenziale si sarebbe avvalsa, da un lato, dell’art. 1662 c.c. che consente la risoluzione “in corso” di contratto e, nello stesso tempo, di quella generale di cui all’art. 1453 c.c., che prevede il presupposto dell’inadempimento di non scarsa importanza. Secondo tale costruzione, dalle due predette disposizioni si formerebbe una ulteriore norma, in virtù della quale l’appalto potrebbe essere risolto anche in corso d’opera con il rimedio della risoluzione generale, quando le difformità risultassero insanabili.

Ancora, dandosi rilievo agli orientamenti tendenti a fornire gli strumenti risolutivi civilistici di una tutela efficace, si è dato atto dell’ulteriore orientamento⁴⁴ secondo cui l’art. 1453 c.c. risulterebbe applicabile anche con riferimento alle violazioni di obblighi preparatori ed essenziali rispetto alla possibilità materiale e giuridica di esecuzione dell’opera, come nel caso

⁴² DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e “di diritto”. Orientamenti e problemi*, cit., 152.

⁴³ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Padova, 128; PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 143.

⁴⁴ PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144.

dell'obbligo di attivazione presso un ente territoriale, allo scopo di ottenere le varianti necessarie per consentire la prosecuzione dei lavori⁴⁵.

Abbiamo ritenuto condivisibile che negare l'effetto risolutivo automatico in tali fattispecie risulterebbe non coerente rispetto al sistema dei rimedi risolutivi.

All'esito della ricerca, abbiamo preliminarmente rilevato che la comparazione tra la risoluzione unilaterale ex art. 108 ed i corrispondenti rimedi civilistici si è resa possibile, nonché utile allo scopo, in considerazione della condivisa natura negoziale degli istituti coinvolti.

Inoltre, si è dato atto che dall'osservazione della pluralità dei rimedi civilistici, caratterizzati da rilevanti differenze strutturali e funzionali⁴⁶ è emerso il dato oggettivo della contrapposizione di ciascun istituto civilistico di volta in volta applicabile, se non dei plurimi istituti civilistici contestualmente o alternativamente utilizzabili, nei confronti - sempre - della sola norma di cui all'art. 108 del codice dei contratti pubblici.

Ed infatti, l'art. 108 regola unitariamente la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto pubblico, recando al suo interno, da un lato, una tipizzazione di alcune fattispecie (risoluzione facoltativa e risoluzione obbligatoria), dall'altro lato, la previsione della risoluzione generale per inadempimento, nonché il caso specifico del ritardo.

A differenza della pluralità degli strumenti civilistici, la risoluzione ex art. 108 ha come presupposto, in termini di gravità dell'inadempimento, da

⁴⁵ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144, nota 59, con riferimento giurisprudenziale (Cass. 15 febbraio 2013, n. 3830, in Mass. Giust. Civ., 2013).

⁴⁶ Si pensi, ad esempio, ai diversi presupposti quanto alla gravità dell'inadempimento, da un lato, per la risoluzione generale ex art. 1453 c.c. e per la diffida ad adempiere indicato dalla norma nella non scarsa importanza, dall'altro lato indicato per la risoluzione ex art. 1668 nella totale inidoneità rispetto alla sua destinazione ed, infine, per la risoluzione anticipata ex art. 1662 c.c., commisurabile al criterio della non scarsa importanza, tuttavia avendo a riferimento un probabile inadempimento connotato quantomeno in termini di sussistenza di vizi e difformità.

Si pensi, ancora, al determinante aspetto della automaticità della risoluzione dichiarata ai sensi degli artt. 1454 e 1662, comma 2, c.c. ed, invece, alla ritenuta necessità di ricorrere alla sentenza costitutiva con riferimento alle risoluzioni di cui agli artt. 1453 e 1668 c.c.,

un lato, la verifica delle situazioni di inadempimento tipizzato, rispetto alle quali la valutazione della gravità è stata effettuata in via anticipata dal legislatore. Dall'altro lato - con riferimento al generico inadempimento rispetto alle obbligazioni assunte con il contratto - la gravità deve accompagnarsi alla compromissione della "buona riuscita" delle prestazioni.

Con riferimento al "momento" di rilevanza dell'inadempimento, la risoluzione ex art. 108 non individua alcuna distinzione, risultando opportunamente utilizzabile - sussistendone i presupposti - sin dalla stipulazione del contratto, fino al momento successivo alla conclusione dell'esecuzione.

Il rimedio risulta strutturato in termini molto più semplificati, avendo eliminato le conseguenze derivanti dalla sovrapposizione di istituti, come avviene in ambito civilistico.

Abbiamo rilevato che anche gli effetti della risoluzione ex art. 108 risultano più funzionali rispetto agli omologhi istituti civilistici, essendo evidente che l'automaticità della risoluzione risponde ormai ad esigenze di coerenza del sistema, nonché di snellimento e velocizzazione delle operazioni conseguenti alla cessazione di efficacia del contratto.

Le osservazioni di cui sopra hanno confermato quanto ritenuto dalla più volte citata dottrina, la quale, all'esito di approfondite analisi sistematiche, strutturali e funzionali degli strumenti risolutivi previsti nel codice civile, ha affermato che "in tutti i casi di risoluzione del contratto di appalto, in definitiva, il diritto del committente allo scioglimento del rapporto può essere esercitato mediante atto unilaterale con effetti sostanziali automatici"⁴⁷.

Detto intendimento, qui condiviso, risulta finalizzato a colmare quell'"evidente distacco tra diritto e prassi, tra norma ed esperienza reale"⁴⁸

⁴⁷ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144.

⁴⁸ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, Temi di diritto privato e di diritto pubblico, collana diretta da Guido Alpa, Milano, 2016, cit. 126.

di cui si tratta nel corso del lavoro, interpretando in via evolutiva gli istituti civilistici, favorendone una concreta funzionalità in vista degli interessi sostanziali sottesi al contratto.

Ed il collegamento con l'istituto della risoluzione ex art. 108 - che nel contempo fornisce una riprova dell'esito del nostro studio - ci perviene dalla stessa dottrina⁴⁹, la quale trae conferma alle proprie osservazioni (sulla necessità di interpretare in via generale la risoluzione per inadempimento in termini di risoluzione automatica), proprio dal “riscontro sistematico favorevole alla natura unilaterale della risoluzione del contratto di appalto”, disciplinato dall'art. 136 del codice dei contratti pubblici del 2006, oggi art. 108 citato.

Non possono sussistere dubbi nel sottolineare quanto sia significativa l'omogenea comparazione di tale istituto rispetto agli omologhi strumenti risolutori civilistici.

In conclusione, abbiamo evidenziato che, una volta accertato che la giurisprudenza civile ed amministrativa ha recepito il concetto che la dichiarazione unilaterale di risoluzione non costituisce espressione di un potere amministrativo, bensì “una facoltà accordata dalla legge ad uno dei contraenti in vista dell'interesse alla sollecita esecuzione del contratto di appalto”⁵⁰, detto istituto può senza dubbio rappresentare un modello di risoluzione negoziale, sulla scorta del quale effettuare gli opportuni approfondimenti, confronti e comparazioni in via di sistema.

Le osservazioni conclusive del lavoro sono state, infine, dedicate all'ulteriore – e conseguente – aspetto della tutela.

Ed infatti, se l'esercizio del potere di risoluzione unilaterale da parte della stazione appaltante ai sensi dell'art. 108 del codice dei contratti

⁴⁹ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144.

⁵⁰ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917, con richiami alla giurisprudenza citata ivi alla nota 73.

pubblici è espressione di un potere negoziale, la concessione all'appaltatore di una tutela esclusivamente risarcitoria non appare giustificata.

Si ritiene, al contrario, che il sindacato del giudice ordinario non debba subire alcun limite verso l'emissione di provvedimenti conservativi degli effetti del contratto, con possibilità di ordinare la prosecuzione dell'esecuzione fino al completamento dell'opera, previa dichiarazione d'inefficacia della dichiarazione risolutoria illegittima.

Tale impostazione appare coerente con il sistema, secondo quanto emerso dalla ricerca.

Infatti, aderendo a tale interpretazione, i provvedimenti adottati dal giudice non potrebbero rappresentare alcuna indebita ingerenza nelle scelte discrezionali dell'amministrazione: da un lato, per il fatto che il sindacato avrebbe ad oggetto un atto negoziale e non pubblicistico.

Dall'altro lato, in quanto la conservazione del contratto rappresenterebbe la prosecuzione delle scelte compiute dalla stessa amministrazione nella fase di evidenza pubblica, attraverso la selezione del contraente⁵¹.

Sembra potersi affermare conclusivamente che l'individuazione del corretto inquadramento sistematico della risoluzione ex art. 108 del codice dei contratti pubblici, potrebbe fornire un utile apporto alla migliore interpretazione dottrinarica in materia di risoluzione per inadempimento civilistica.

Occorrerebbe prendere atto, senza pregiudizi, del processo di osmosi ancora in atto tra appalto pubblico ed appalto privato, essendosi peraltro rilevato dallo studio dell'evoluzione dell'istituto, quanto le norme sull'appalto pubblico e sulla rescissione d'ufficio del 1865 abbiano influenzato le norme civilistiche relative al contratto di appalto civile, tipizzato soltanto con il codice del 1942.

⁵¹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917, nota 83.

Tali considerazioni riflettono, in definitiva, il noto intreccio dualistico tra pubblico e privato che connota storicamente la materia del diritto amministrativo.

Si potrebbe dire che la “guerra continua” tra diritto privato e diritto pubblico - i quali “si contendono nuovi territori, avanzano o indietreggiano, occupano nuovi spazi o ne vengono ricacciati” ⁵² - può senz’altro rappresentare un proficuo terreno di confronto sistematico.

⁵² IRTI, *Prefazione*, in Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

INADEMPIMENTO DELL'APPALTATORE E RISOLUZIONE UNILATERALE DELLA STAZIONE APPALTANTE

Capitolo Primo

Problemi conseguenti alla funzionalizzazione del negozio rispetto all'interesse pubblico. Rimedio risolutorio ed interesse pubblico.

1- Lo strumento negoziale come modulo di azione amministrativa.

Il connubio tra pubblico e privato nell'agire amministrativo sottende ancora oggi aspetti problematici di grande interesse⁵³.

Il fenomeno, descritto ripetutamente come un dualismo o un intreccio⁵⁴, trae origine dalla naturale evoluzione che ha caratterizzato il diritto

⁵³ CASSESE, *Il diritto amministrativo tra XX e XXI secolo*, dieci anni di riforme amministrative, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7/2004, 780. L'Autore afferma, con riferimento al decennio in esame, che "diritto pubblico e diritto privato si presentano sempre più intrecciati nel diritto amministrativo. Di quest'ultimo nella prima metà del XX secolo, si poteva scrivere che fosse un ramo del diritto pubblico; ora non è più possibile affermare ciò. Gli enti pubblici, economici e non economici, sono stati in gran misura trasformati in società per azioni (o in fondazioni). Gli atti e i provvedimenti amministrativi frequentemente sostituiti da accordi, intese, convenzioni, contratti. Le società per azioni in comando pubblico o con partecipazione pubblica (o le fondazioni), risultanti dalla trasformazione degli enti, sono, però, frequentemente rette da un diritto speciale, o derogatorio, o privato con deroghe pubblicistiche. E gli accordi, le convenzioni, i contratti in cui siano parte le amministrazioni pubbliche sono spesso trattati alla stregua di atti amministrativi". Ed aggiunge: "Al termine di questo decennio, il diritto amministrativo non è più quello di prima. Mai mutamenti sono avvenuti in modo così accelerato ed intenso. Ma raramente i mutamenti hanno prodotto tante ambiguità".

⁵⁴ CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, pag. 8: secondo l'Autore, pubblico e privato, tanto nel settore dell'attività che dell'organizzazione, allo stato attuale "restano intrecciati" attraverso una connessione talmente stretta che della trasformazione in senso privatistico di molti istituti tradizionali si perde il senso. Lo stesso Autore, nell'analizzare la materia secondo una prospettiva pubblicistica (CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, 3 e ss., 236 e ss.), la pone come tematica di fondo del diritto amministrativo, con riferimento ai moduli diversificati ai quali ogni organizzazione sociale deve necessariamente ricorrere nella funzione di amministrazione; in tale contesto, egli identifica il "problema" del diritto amministrativo

amministrativo⁵⁵, la cui natura strutturalmente finalizzata alla garantistica sottoposizione del potere esecutivo al primato della legge, ha avuto come effetto necessitato una iniziale penetrazione trasversale della nuova disciplina pubblicistica nei territori del diritto comune.

Alla prevalenza del modello autoritativo ottocentesco - che derivava dalla posizione di supremazia dell'apparato pubblico, attuata mediante provvedimenti aventi come necessario presupposto norme cogenti, finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico - l'emersione di nuove ideologie politico culturali ha gradualmente portato ad un agire delle amministrazioni conformato a soluzioni concordate tra pubblici poteri e privati⁵⁶: una tipologia di azione amministrativa connotata da nuovi

con il "problema dell'esercizio dell'autorità", ovvero dell'utilizzo di norme in qualche misura derogatorie rispetto al diritto comune.

Si veda inoltre MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1997: l'Autore, nell'ambito di un'analisi introduttiva al contratto di appalto di opere pubbliche, rileva come "l'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione costituisca un fenomeno assai complesso a causa dell'intrecciarsi del diritto privato con il diritto amministrativo e, quindi, della necessità di conciliare regole e principi differenti (cit., 11); lo stesso Autore - accingendosi a commentare la allora recente introduzione dell'art. 11 della L. 241/90 - esclude la possibilità di pervenire ad una ricostruzione unitaria ed originale del fenomeno dell'agire consensuale della pubblica amministrazione, in considerazione del fatto che "pubblico e privato continuerebbero ad intrecciarsi, ad affiancarsi ed eventualmente a sovrapporsi senza che vi sia la possibilità, a causa dell'assenza di una espressa previsione, o copertura legislativa, di approdare ad un istituto unitario che sia in grado di soddisfare le diverse esigenze e la pluralità di interessi tipici della società complessa" (cit., 33).

Così anche RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 35, il quale sottolinea che il sistema contrattuale della pubblica amministrazione appare come "un sistema composito", in cui norme di diritto privato e norme di diritto pubblico "si intrecciano e si intersecano", potendosi così riscontrare momenti autoritativi e momenti paritetici, manifestazioni di diritti ed obblighi privatistici e manifestazioni di potere pubblicistico; con la precisazione, mediante citazione del pensiero del LAMARQUE (ivi, 35, nota 5), che trattasi di "un sistema misto" di diritto pubblico e privato, la cui combinazione si realizza per "giustapposizione" e non per "fusione", ogni norma conservando la propria individualità di diritto pubblico e privato.

⁵⁵ Sul concetto di funzionalizzazione del diritto privato, con richiami storici e riferimenti al pensiero dei primi autori che si occuparono della materia dalla fine dell'ottocento: GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, I, 654 e ss.

⁵⁶ Di "infiltrazione di interessi pubblici in istituti un tempo squisitamente dei privati" parla RAIMONDI, cit., 23, riferendosi all'esito del processo di attenuazione dell'idea - propria delle codificazioni ottocentesche - della riferibilità dell'autonomia negoziale esclusivamente ai modelli civilistici della proprietà e del contratto, intesi come istituti regolatori di interessi individuali. Facendo riferimento agli studi del Nicolò, del Cascio, del

strumenti, attuata mediante moduli convenzionali, i quali sono stati espressione di una dequotazione del principio di autorità che aveva giustificato l'uso di poteri esorbitanti o eccedenti rispetto alla sfera dei privati⁵⁷.

In assenza di una base normativa che esplicasse un principio di generale applicazione, questa fase di riespansione del diritto privato avveniva solo in

Tedeschi, del Ferri e del Pugliatti (v. ivi 22-23), l'Autore attribuisce la causa di tale fenomeno di "infiltrazione", alla acquisizione, nell'ambito dello stesso diritto privato, di una nozione più complessa di soggettività, che trasformava l'autonomia dell'individuo nell'autonomia del soggetto giuridico, nel cui ambito poteva pertanto comprendersi lo Stato e gli altri enti pubblici, soggetti dotati di personalità giuridica, legittimati ad assumere la veste di titolari – oltre che di potestà pubblicistiche – anche di diritti soggettivi ed obblighi giuridici.

⁵⁷ MASSERA, *I contratti*, in Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese, Tomo secondo, Milano, 2000, 1366. Il diverso modo di amministrare, derivante dalla convenzionalità del rapporto tra pubblico e privato, portava a distinguere le fattispecie di decisioni amministrative unilaterali, direttamente incidenti sulla sfera giuridica del privato, rispetto a fattispecie, le quali rappresentavano l'esito della partecipazione della volontà del destinatario dell'atto alla formazione dello stesso. Lo stesso Autore sottolineava come, tuttavia, residuasse comunque un rapporto sempre più assorbente del procedimento rispetto all'atto (cit., 1367).

La consapevolezza del problema della compatibilità di poteri esorbitanti il diritto comune con l'ordinamento di uno stato moderno, si era posto in Italia fin dai primi decenni del 1900: si veda CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inadimplenti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, in Riv. Dir. Pubbl., 1922, I, 553 e ss., il quale osserva che dopo la rivoluzione francese la concezione contrattuale individualistica dello Stato aveva portato teoricamente all'autolimitazione della volontà generale, trascurando, nella pratica e nella maniera più assoluta, il modo di rendere praticamente effettivo il limite stesso. Al contrario, osserva l'Autore, il principio dogmatico della divisione dei poteri costrinse le funzioni del potere giudiziario dentro gli insuperabili confini della tutela dei diritti subiettivi privati, statuendo che "i giudici non potranno, sotto le pene della fellonia, turbare in qualsivoglia maniera le operazioni dei corpi amministrativi, né citare innanzi a sé gli amministratori a cagione delle loro funzioni (art. 13 titolo II legge sull'ordinamento giudiziario 16-24 agosto 1790)" (cit., 554). In altri termini, secondo la concezione russeauiana – oggetto della surriportata critica da parte dell'Autore – i diritti che spettavano all'individuo non comprendevano mai i diritti ad esso spettanti contro o verso lo stato, al contrario di quanto non poteva non avvenire con l'avvento dello Stato di diritto, al quale venne riconosciuta una propria personalità giuridica, alla quale apparve lecito contrapporre la personalità giuridica degli individui; con la conseguenza che ove la libertà individuale veniva riconosciuta e garantita, ivi diventava illegittima qualsiasi affermazione dell'imperio statale; in tale nuovo contesto – aggiunge l'Autore – la giurisdizione non era più soltanto una garanzia dei diritti soggettivi, ma una "garanzia del diritto obiettivo". In definitiva, questa analisi porta l'Autore a sostenere che di fronte a questa evoluzione dell'assetto giuridico dello Stato, la questione di una supremazia di questo nel campo dei negozi giuridici, non sarebbe stata proponibile senza negare le più essenziali premesse. Le osservazioni del CACCIAPAGLIA potrebbero apparire oggi persino ovvie, ma certamente tali non erano all'epoca.

specifici ambiti applicativi⁵⁸, ovvero l'attività di amministrazione paritetica si delineava più come una ipotesi derogatoria, nei casi tipizzati, rispetto al vigente principio generale dell'esercizio del potere di amministrazione di tipo autoritativo.

A partire dagli ultimi decenni dello scorso secolo, le fonti sovranazionali di derivazione europea hanno inciso profondamente nella materia del diritto della pubblica amministrazione, spingendo verso modelli dell'agire amministrativo idonei a fornire risposte concrete all'esigenza, sempre più avvertita, di maggiore efficienza ed efficacia dei pubblici apparati⁵⁹.

Gli stessi procedimenti decisionali della pubblica amministrazione si sono gradualmente arricchiti di entità organizzative, come le conferenze di servizi, le quali, attraverso il metodo del coordinamento tra diverse amministrazioni appartenenti a distinti apparati ed interessate alla stessa vicenda, finalizzano lo strumento dell'accordo inteso quale "coincidenza dei punti di vista", all'obiettivo di "favorire la contestualità delle decisioni"⁶⁰.

⁵⁸ Si veda ad esempio l'accordo alternativo al provvedimento ablatorio previsto dall'art. 26 della L. 26 giugno 1865 n.2359 e all'art. 12 della L.22 ottobre 1971 n.865, successivamente trasfuso nel T.U. 327/2001.

⁵⁹ MASSERA, *Contratti con la pubblica Amministrazione*, in Dizionario di diritto pubblico diretto da Sabino Cassese, Vol II, Milano, 2006, 1390, riferendosi alla Direttiva comunitaria 2004/18/CE come una sorta di testo unico della disciplina sui contratti d'appalto e indicandone le radici in un movimento ultratennale tendente all'armonizzazione delle discipline nazionali rispetto ai principi comunitari, sottolinea come la questione della contrattualità delle pubbliche amministrazioni presenti una molteplicità di sfaccettature: oltre alla più immediata evidenza del rovesciamento della prospettiva tradizionale che inquadrava la disciplina della materia nella legislazione statale di contabilità, l'Autore rileva il nuovo profilo della ricerca del consenso del soggetto privato su un determinato scambio di utilità, non senza sottolineare, con riferimento agli accordi amministrativi di cui alla Legge 241/90, che l'accordo amministrativo rappresenta "l'esito finale della particolare torsione che assume il potere amministrativo che, autolimitandosi, si piega all'incontro con la volontà del privato", pur mantenendo intatta la capacità di riprodursi nella sua integrale ed originaria forza in caso di sopravvenienze che rendano opportuna per la pubblica amministrazione una diversa scelta circa la cura dell'interesse pubblico: "l'accordo rimane strumentale all'esercizio del potere".

⁶⁰ Si veda da ultimo VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016, 578.

La locuzione “modulo convenzionale”, utilizzata in precedenza in un’accezione atecnica e volutamente generica⁶¹, si concretizzava - positivizzandosi una questione in precedenza sostanzialmente dogmatica⁶² - con la introduzione dell’art. 11 della Legge 7 agosto 1990 n. 241, che aveva come conseguenza una sorta di istituzionalizzazione del modulo convenzionale nell’attività amministrativa⁶³.

Il processo di privatizzazione dell’amministrazione pubblica, nella successiva evoluzione segnata dal nuovo art. 1, comma 1 *bis* della Legge 241/90, come modificato dalla Legge 11 febbraio 2005 n.15, all’esito del noto, travagliato iter normativo⁶⁴, è tuttavia apparso per un verso depotenziato, essendo prevalsa l’opzione della facoltatività dell’utilizzo del modulo e degli strumenti negoziali; per altro verso, si è rivelato – a torto o a ragione - non poi così innovativo, quanto meno sotto il profilo sistematico⁶⁵.

⁶¹MASSERA, *Il contratto*, cit., 1366: “una locuzione talmente comprensiva nella sua ampiezza da consentire di ricondurre alla stessa, almeno in questa prima fase dell’analisi, sia le figure solitamente contrassegnate con il termine “contratto di diritto pubblico”, sia quelle contrassegnate con il termine “contratto di diritto privato”, per indicare, in via di approssimazione, la molteplicità di strumenti di cui possono avvalersi e nel contempo la pluralità di discipline cui esse sono destinate ad assoggettarsi”.

⁶² CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del Diritto Amministrativo italiano*, diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2012, 15.

⁶³ CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2012, 1521. Lo stesso Autore sostiene, tuttavia (ivi, 1520), che la tematica degli accordi amministrativi “presenta notevoli tracce di difformità” rispetto ai c.d. contratti di diritto comune stipulati dalla P.A., anche riguardo alle ipotesi connotate dalla presenza di una procedura di evidenza pubblica.

⁶⁴ CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 5; CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, cit., 1552. Si vedano, in proposito, i contributi critici di: CARPENTIERI, *L’azione amministrativa e la sua in aggirabile specialità*, in www.giustizia-amministrativa.it; MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.* 4/2004, 649; TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell’amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 4/2004, 661.

⁶⁵ Afferma CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 4 che “... il processo di privatizzazione (il ritorno al diritto privato) si fa strada ... in forma estremamente ambigua, perplessa, spesso contraddittoria, così da rendere impossibile all’interprete, l’individuazione, se non di un nuovo sistema (di un nuovo diritto dell’amministrazione pubblica, in luogo del precedente sistema organico del diritto amministrativo) almeno di alcune linee sistematiche. Invero, non di un nuovo sistema si tratta, ma più semplicemente di alcune tecniche privatistiche o di alcuni istituti del diritto privato, che vengono recepiti nella disciplina dell’amministrazione pubblica e nel recepimento, subiscono rilevanti trasformazioni, tali a volte da farne perdere l’identità”.

E' tuttavia innegabile l'importanza del riconoscimento normativo in via generale dello strumento negoziale come modulo di azione amministrativa, secondo una visione che si potrebbe definire paritetica, quanto alla finalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, sia del negozio giuridico che del provvedimento amministrativo, laddove ciò risulti possibile ed opportuno⁶⁶.

Ulteriore avanzamento, in termini di riconoscimento in via di sistema della tendenziale soggezione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione alle regole privatistiche, si è avuto successivamente con il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), che all'art. 2, comma 4, ha posto la nota norma di chiusura, secondo cui: "per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile".

E' stato osservato che per la prima volta, con l'introduzione del Codice dei contratti pubblici, si è tentato di ricondurre i contratti posti in essere dalla pubblica amministrazione nel perimetro di un *genus*, caratterizzato, sotto il profilo soggettivo, per essere utilizzati da amministrazioni tenute all'osservanza di particolari regole di matrice pubblica⁶⁷ e, sotto il profilo oggettivo, per avere come finalità l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori

Rileva, peraltro, lo stesso Autore (ivi, 5) che "un nuovo sistema organico del diritto dell'amministrazione pubblica non potrebbe formarsi a Costituzione invariata, senza evidenti forzature", con chiaro riferimento, in particolare, ai principi posti dall'art. 97 Cost., che delineano l'impostazione pubblicistica del vigente sistema.

⁶⁶ MASSERA, *Contratti con la pubblica amministrazione*, cit. 1389, ritiene, tuttavia, che pur non essendo più nettamente prevalente lo strumento unilaterale di matrice pubblicistica, rispetto a quello consensuale di matrice privatistica, "l'equilibrio tra i due strumenti, peraltro, è lungi dall'essere stabilizzato".

⁶⁷ SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, VIII edizione, Santarcangelo di Romagna, 2011, 42; gli Autori precisano che la neo-espressione "contratti pubblici" era comparsa per la prima volta in due leggi finanziarie cronologicamente successive, per imporre limitazioni alla facoltà di rinnovo dei contratti per la fornitura di beni e servizi a carattere periodico e/o continuativo: art. 6 L. 24 dicembre 1993 n.537 ed art. 44 L. 23 dicembre 1994 n. 724.

ed opere. Peraltro, stante l'acquisizione nel Codice della nozione sostanziale di amministrazione pubblica di origine comunitaria, ne è derivata l'adozione di norme comuni dirette ad enti sia pubblici che privati, come ulteriore conseguenza della penetrazione delle figure soggettive private nelle funzioni di amministrazione pubblica in senso allargato⁶⁸: si è in tal modo istituzionalizzato un aspetto del connubio pubblico-privato anche in termini di organizzazione, nel momento in cui si andavano a definire i tipi contrattuali individuati nel perimetro dei contratti pubblici.

A conferma della persistenza dei problemi connessi all'intreccio pubblico-privato, è stata correttamente rilevata la presenza di una osmosi di fondo nella materia⁶⁹, che è risultata positivizzata nella codificazione dei contratti pubblici: ciò che si desume, per un verso, dal comma 3 del citato art. 2, con il rinvio alla legge sul procedimento amministrativo; per altro verso, dal comma 4 dello stesso art. 2, con il rinvio alle disposizioni del codice civile⁷⁰, laddove entrambi i citati rimandi, si riferiscono a quanto "non espressamente previsto nel presente codice".

Il rilievo della ritenuta specialità delle norme contenute nel codice dei contratti pubblici rischierebbe di avere valenza astratta, tuttavia, qualora non lo si contestualizzasse in via applicativa. Ecco, quindi, che, dovendosi individuare i concreti terreni di competenza delle norme pubblicistiche o privatistiche, inevitabilmente si ripropone all'interprete, anche dopo il codice dei contratti pubblici del 2006, la problematica connessione

⁶⁸ NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in Dir. Amm. 2003, 801.

⁶⁹ Il riferimento ad un "processo di osmosi tra diritto pubblico e diritto privato", si legge già in RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 35, con riferimento ad alcuni esempi di istituti oggi confluiti nella regolamentazione di alcuni tipi contrattuali civilistici, che tuttavia nascono da finalità pubblicistiche, come nel caso dello *jus variandi* rispetto al contratto di appalto.

⁷⁰ CARINGELLA - PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, Collana diretta da C.M. Bianca, A. Catricalà, V. Scordamaglia, Roma, 2012, 19: gli Autori sottolineano opportunamente che la espressa valenza sussidiaria di entrambe le normative (legge sul procedimento amministrativo e diritto civile), conferma la specialità delle norme contenute nel codice dei contratti pubblici, da ciò potendosi peraltro dedurre, in via interpretativa, la prevalenza dei principi di cui all'art. 2 del Codice su quelli generali della L.241/90 e del codice civile.

pubblico-privato: per un verso, infatti, al comma 3 dell'art. 2, viene delimitato il richiamo alla legge sul provvedimento amministrativo solo "alle procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici", simmetricamente relegando il possibile impiego del codice civile in termini di sussidiarietà, solo nell'ambito dell'attività contrattuale⁷¹.

Per altro verso, tuttavia, l'inciso "altresì" di cui al comma 4 del citato art. 2 – si è detto – non può che riferirsi alle ipotesi in cui, in alcune fasi, risulti in astratto applicabile contemporaneamente, sia la disciplina della L.241/90, che quella del codice civile⁷².

Emerge, quindi, il problema non del tutto risolto, posto dalla tematica del rapporto tra la normativa comune di diritto privato e quella ascrivibile al diritto pubblico, secondo la nota distinzione tra norme attinenti alla formazione della volontà dell'amministrazione ed alle procedure di scelta del contraente, da un lato, e norme riguardanti la disciplina sostanziale del rapporto negoziale, dall'altro lato.

Le norme che si riferiscono alla formazione della volontà della pubblica amministrazione o alla scelta del contraente, hanno sempre ad oggetto l'uso di un potere amministrativo discrezionale, che viene manifestato a monte del perfezionamento del negozio privatistico: esse, pertanto, non sembrano introdurre, di per sé, alcuna specialità di disciplina rispetto a quella di diritto comune⁷³.

⁷¹ In tema di appalto pubblico, laddove si verta in fasi dell'attività contrattuale che non siano regolamentate dalla normativa speciale del codice dei contratti pubblici, il codice civile risulterà decisivo per quanto attiene ai criteri di interpretazione del contratto, nonché, ad esempio, per quanto di nostro interesse, per quanto riguarda la risoluzione per inadempimento della pubblica amministrazione, considerato che il codice dei contratti pubblici disciplina con l'art. 136 la sola ipotesi di risoluzione per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo dell'appaltatore: si veda in proposito DE NICTOLIS, *L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e i principi relativi ai contratti pubblici*, in *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, opera diretta da Francesco Caringella e Mariano Protto, Bologna, 2012, 23

⁷² CARINGELLA - PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 19.

⁷³ SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 46.

Diverso è l'impatto delle norme che prevedono poteri in capo alla pubblica amministrazione, che incidono sul rapporto in fase di esecuzione del contratto, le quali possono far penetrare marcate differenze sostanziali rispetto alla disciplina civilistica, facendo assumere carattere di specialità ad alcune tipologie contrattuali.

Nel caso dell'appalto pubblico, dove le differenze dalla disciplina civilistica possono risultare sotto alcuni profili piuttosto accentuate, viene ormai ritenuto pacificamente, in dottrina ed in giurisprudenza, che non vengano meno la natura giuridica ed i caratteri fondamentali del contratto. E' questo, tuttavia, il punto di arrivo rispetto ad una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che dalla fine dell'ottocento ad oggi ha interpretato secondo diverse prospettive la natura di questa specialità, la quale rivela innegabilmente una presupposta supremazia del contraente pubblico, che si confronta, sul terreno del rapporto negoziale privatistico, con la tendenziale pariteticità che dovrebbe invece contraddistinguere i poteri delle parti nel contratto: dal confronto fra autonomia negoziale e discrezionalità della pubblica amministrazione in ambito negoziale derivano ancora oggi alcune interessanti criticità, che sotto alcuni profili saranno oggetto di questo studio.

- 2- Ambiguità presupposta del contratto pubblico e funzionalizzazione del negozio rispetto all'interesse pubblico. Il problema della effettività della tutela (rinvio).

Si può dunque affermare che la materia appare costantemente caratterizzata da una duplicità di prospettive, privatistica e pubblicistica, corrispondenti alla stessa natura dualistica dell'intreccio pubblico-privato che connota storicamente la materia del diritto amministrativo.

Tale duplicità appare dotata di un naturale dinamismo, che è stato efficacemente definito un "continuo movimento di tipo pendolare, a direzione multipolare, che caratterizza storicamente il diritto delle pubbliche amministrazioni"⁷⁴, per descrivere, come altrettanto autorevolmente è stato rilevato, la "guerra continua" tra diritto privato e diritto pubblico, i quali "si contendono nuovi territori, avanzano o indietreggiano, occupano nuovi spazi o ne vengono ricacciati"⁷⁵.

Si comprende, quindi, che la qualificazione giuridica e l'interpretazione delle norme che regolano i singoli istituti coinvolti nella complessa tematica, risultano inevitabilmente condizionati dalla connotazione che di essi viene data, in particolare dalla giurisprudenza: cioè nel momento finale e decisivo del controllo giurisdizionale, ovvero in termini di effettiva tutela.

Con riferimento al contratto di appalto pubblico - che sarà oggetto di questo studio con particolare riferimento al rimedio risolutorio a seguito di grave inadempimento - contrariamente a quanto potrebbe in astratto ritenersi, non appare affatto scontato che ad una impostazione di matrice privatistica, cioè paritetica, consegua in concreto una maggiore tutela per l'appaltatore privato: la posizione soggettiva coinvolta si deve, infatti, interfacciare con il giudice naturale conseguente al riparto di giurisdizione

⁷⁴ MASSERA, *Il contratto*, cit., 1441.

⁷⁵ IRTI, *Prefazione*, in Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, XI.

delineato nel 1865 e, di conseguenza, con i minori strumenti di cui potrebbe disporre il giudice ordinario di fronte all'esercizio, in ambito negoziale, da parte della pubblica amministrazione, di poteri esorbitanti o in senso lato autoritativi, consistenti in atti o provvedimenti amministrativi⁷⁶.

Non si può sottovalutare che una tale evidenza in punto di tutela, potrebbe porsi in contrasto con le ragioni che hanno spinto verso il tendenziale ritorno alla privatizzazione dell'azione amministrativa negli ultimi decenni, dal momento che sembra potersi affermare che una delle principali finalità degli interventi normativi che hanno in definitiva portato alla codificazione della capacità negoziale della pubblica amministrazione⁷⁷, avesse come riferimento l'intento di incrementare, quantomeno in senso lato, la tutela del privato che contratta con il pubblico potere.

E' stato autorevolmente osservato, infatti, che la causa dell'arrestarsi del processo di pubblicizzazione dei "contratti amministrativi"^{78 79} è stata

⁷⁶ In proposito si veda BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1/2013, 47 e ss.. In tema di analisi storica del criterio di riparto tra le giurisdizioni e dei criteri volti a valutare la sussistenza dell'effettività della tutela, l'Autore pone in evidenza l'aspetto della rilevata "debolezza del sindacato" del giudice ordinario, riscontrabile nei casi in cui vi sia una meno pronunciata "deference" del giudice ordinario verso l'esecutivo. Tale forma di applicazione del principio di separazione dei poteri genera comunque una "minore effettività della tutela" e giunge fino alla limitazione dei rimedi offerti, "quando il giudice, pur accertando la violazione del diritto compiuta nell'esercizio del potere amministrativo, non può disporre di tutti i rimedi che sarebbero necessari per porre riparo a tale violazione".

⁷⁷ Nell'ambito della generale necessità di fornire in termini globali una risposta all'esigenza di una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

⁷⁸ VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in Enciclopedia del diritto, Vol.IX, Voce Contratto (Dir. amm), Milano, 1961, 979: l'Autore definisce contratti amministrativi "quei contratti che trovano una specifica disciplina sostanziale nelle fonti di diritto pubblico, giacché la partecipazione dell'ente pubblico a tali contratti impone non solo l'osservanza delle formalità per la conclusione, stipulazione ed efficacia del contratto, ma da luogo anche ad una diversa regolamentazione anche sostanziale, notevolmente diversa da quella prevista per gli analoghi contratti stipulati tra i privati". Secondo l'autorevole Autore, ad esempio, il contratto di pubblico appalto ha una disciplina che in diversi punti si discosta dal contratto di appalto privato".

⁷⁹ CARANTA, *I contratti pubblici*, in Sistema del Diritto Amministrativo italiano, diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2012, 12: l'Autore afferma che la categoria dei contratti amministrativi rappresentò la soluzione del diritto francese rispetto alla finalità di "assicurare l'esercizio di poteri esorbitanti il diritto privato alla pubblica amministrazione", con la particolarità che, nel diritto francese, all'interno di

economica, prima ancora che giuridica, in ossequio alla “fondamentale verità economica” per la quale nessun imprenditore opererebbe a lungo in un mercato che non gli garantisca condizioni, ed in primo luogo un profitto, da lui ritenute adeguate.

D'altra parte, sotto questa angolazione sembra essere stata colta la necessità, in particolare, di positivizzare adeguate delimitazioni rispetto ai “poteri di ripensamento” delle pubbliche amministrazioni, nonché a “poteri autoritativi *extra legem*”, il cui uso apparirebbe ormai anacronistico⁸⁰.

Si avverte oggi, in definitiva, la necessità di valutare attentamente la compatibilità della moderna concezione dei contratti pubblici - che privilegia la concorrenza ed il libero mercato - rispetto a norme in senso lato speciali, che si discostano dalla disciplina privatistica. Prospettiva che potrebbe rendere preferibile il considerare la specialità dei contratti pubblici come una peculiarità di tipo essenzialmente procedimentale, non sostanziale: non tale, cioè, da determinare una *species* atipica causalmente diversa⁸¹.

E' certo, in ogni caso, che avendo a riferimento il momento dell'applicazione delle norme in sede giudiziaria, nello specifico ambito del diritto dei contratti pubblici emergono necessariamente le criticità portate dalle diverse e spesso difformi interpretazioni giurisprudenziali, dovute alla naturale dualità di prospettive della materia. Ad esempio, la concezione del contratto pubblico in termini di mero recepimento di istituti civilistici all'interno della sfera pubblicistica, porterebbe a qualificazioni giuridiche e ad applicazioni pratiche diverse rispetto ad una concezione che, invece, ritenesse che in virtù del riconoscimento della capacità negoziale della pubblica amministrazione, gli strumenti negoziali utilizzati mantenessero

tale categoria giuridica veniva collocata la stessa concessione, la quale, pertanto, non aveva la natura di provvedimento. D'altra parte, rileva lo stesso Autore citando altra autorevole dottrina (Cerulli Irelli), “nell'esperienza francese, contratto e provvedimento vengono concepiti entrambi come strumenti di azione amministrativa ed ascritti perciò nell'ambito della giurisdizione amministrativa”.

⁸⁰ CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 14 e ss..

⁸¹ SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 47.

una natura privatistica, pur integrata da singole norme eccedenti il diritto comune, in quanto connotate dalla *ratio* pubblicistica.

Non a caso, è stato rilevato che tale problematica diventa particolarmente delicata quando le deviazioni dal diritto comune assumono una certa entità, come accade nell'appalto pubblico: laddove, nonostante correttamente si affermi che la soluzione debba essere ricercata nell'ordinamento positivo - e cioè dal modo in cui l'istituto risulta positivamente disciplinato - è innegabile che in termini concreti risulterà decisiva l'interpretazione che di quelle norme darà di volta in volta la giurisprudenza⁸².

Si potrebbe dire, pertanto, che la natura del contratto pubblico⁸³ è caratterizzata da una ambiguità presupposta, una schizofrenia strutturale⁸⁴, dovuta all'accertata coesistenza di norme privatistiche e di norme pubblicistiche, le quali hanno in comune il fatto di essere finalizzate, direttamente o indirettamente, al perseguimento dell'interesse pubblico.

Che si parli di intreccio, di coesistenza, di sovrapposizione o di recezione – ciascun termine definitorio nasconde a ben vedere l'angolazione dalla quale ciascun interprete predilige osservare il problema – sembra potersi ormai decisamente affermare che l'azione delle pubbliche amministrazioni viene svolta attraverso strumenti dell'uno e dell'altro tipo, in virtù di quella

⁸² CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Decima edizione, Milano, 1999, 139: "Si tratta in tal caso di stabilire se le norme speciali che contengono tali deviazioni, e che generalmente appartengono al diritto pubblico, sono tali da far collocare il contratto nel campo del diritto pubblico ovvero se costituiscono un complesso di regole solo incidenti in un rapporto di diritto privato, ma del quale non cambiano la natura".

⁸³ CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 4: l'Autore lo definisce "Un istituto in bilico tra diritto comune e diritto speciale. ... un istituto ambiguo, se non proprio borderline, o addirittura una creatura schizofrenica, cioè una procedura che si trasforma in un negozio giuridico, come la farfalla dal bozzolo".

⁸⁴ Si prescinde necessariamente, nella nostra ricerca, dall'approfondimento dell'analisi e dalla evoluzione della figura del contratto pubblico, su cui v. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 70 e ss.; quanto alla natura ambigua del concetto, l'Autore afferma che "la stessa nozione di contratto di diritto pubblico è stata assunta nel tempo, più che come parametro definitorio, come espressione riassuntiva di un problema da molti esaminato come questione di soluzione non facile, da altri addirittura indicato come insolubile".

“connessione”, da tempo individuata da autorevole dottrina⁸⁵, tra attività negoziale ed attività provvedimentale, entrambi mezzi rispetto al fine del pubblico interesse.

Dunque, se da un lato la circostanza che un soggetto pubblico sia parte di un contratto non fa più refluire necessariamente la disciplina del rapporto nella sfera dell’agire autoritativo⁸⁶, dall’altro lato, ciò ha come necessaria conseguenza che la pubblica amministrazione, pur legittimata in via generale all’uso dello strumento negoziale, per il perseguimento dei propri fini istituzionali deve comunque sottostare ai vincoli costituzionali, primo fra tutti il principio di legalità di cui all’art. 97. Ovvero il potere di autonomia privata di cui si tratta, in quanto comunque funzionalizzato al perseguimento dell’interesse pubblico, dovrebbe essere esercitato nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e tutela del terzo⁸⁷.

A sua volta, ciò significa che anche l’attività amministrativa di diritto privato della pubblica amministrazione dovrebbe avere come presupposto una norma attributiva del potere di contrattare rispetto a quel soggetto pubblico e che la scelta di quest’ultimo rispetto allo strumento negoziale dovrebbe risultare ammessa secondo legge, nonché conveniente ed opportuna, avendo presente l’interesse pubblico in concreto perseguito.

Si delineano, di conseguenza, aspetti di una possibile illegittimità amministrativa a monte della stipulazione del contratto, che potrebbe condizionare l’efficacia del contratto già perfezionato, in tal modo

⁸⁵ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 670 e ss.

⁸⁶ CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 4. Sulla connessa tematica degli Organismi di diritto pubblico, con riferimento alla natura degli atti da essi emanati in qualità di stazioni appaltanti, si veda CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, 1/1999, 71.

⁸⁷ SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 52: secondo gli Autori, l’attività contrattuale della p.a. è retta dal principio di legalità, non solo come formale rispetto di regole predeterminate, ma anche come legalità-indirizzo, che la vincola (vincolo di scopo) al perseguimento del pubblico interesse ed è, in quanto tale, espressione di un potere amministrativo e non di autonomia negoziale.

incidendo su posizioni di diritto soggettivo, che di conseguenza potrebbero apparire non definitivamente consolidate⁸⁸.

Si può inoltre verificare che, a fronte di un (ritenuto) grave inadempimento dell'appaltatore, nel contratto di appalto pubblico si possa configurare un vizio funzionale del sinallagma e che una norma preveda, in capo alla stazione appaltante, il potere di esercitare – in aggiunta o in sostituzione degli strumenti risolutori di diritto comune - una risoluzione unilaterale, connotata da un *fumus* di colorazione pubblicistica: qualora tale potere fosse esercitato in violazione dei presupposti di legge, si potrebbe prospettare una illegittimità amministrativa nella fase esecutiva del contratto, tipicamente regolata dai principi del diritto privato.

Ecco, quindi, che l'intreccio individuato tra gli strumenti pubblicistici e privatistici utilizzati, i quali necessariamente sottendono le posizioni soggettive sostanziali di riferimento (interesse legittimo e diritto soggettivo), si riproduce inevitabilmente con riferimento alle forme di tutela giurisdizionale⁸⁹, potendosi individuare possibili aspetti di illegittimità di atti emessi dalla pubblica amministrazione - consistenti nell'esercizio di

⁸⁸ La problematica è amplissima e può essere qui solo accennata: si veda, da ultimo, FRANCO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2014, 1129 e ss., il quale, nel descrivere le linee di tendenza delle trasformazioni dell'ordinamento amministrativo quanto all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, osserva che il problema dei riflessi sul contratto già stipulato con la ditta risultata aggiudicataria a seguito dell'annullamento giudiziale di tale aggiudicazione qualificata illegittima con sentenza, rientra ora nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anziché – come dovrebbe ragionarsi in base alla distinzione schematica previgente – al giudice ordinario.

Altra tematica connessa è quella rappresentata dall'esercizio del potere amministrativo di autotutela, esercitabile dalla pubblica amministrazione mediante annullamento d'ufficio o revoca dell'aggiudicazione del contratto, potere che va ad incidere sul rapporto contrattuale *in fieri*, ovvero già formato o anche in corso di esecuzione. Come osservato da autorevole dottrina (CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 139-140) la giurisprudenza, ancora di recente, ha ribadito la legittimità di detti poteri “*in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse*” (Consiglio di Stato, V, 7-9-2011 n.5032); a fronte dei quali la posizione soggettiva del contraente (a contratto già concluso) “*è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio produce effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti*”.

⁸⁹ CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 206 e ss..

poteri in senso lato autoritativi - adottati successivamente al perfezionamento del contratto o nel corso dell'esecuzione, come accade frequentemente nell'appalto pubblico, fattispecie che si presta particolarmente a tali evenienze.

Il contratto di appalto, infatti, già nella sua definizione civilistica che ne individua il tratto caratteristico nel compimento di un'opera con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a rischio dell'imprenditore, si caratterizza per la durata – seppure meramente strumentale - dell'esecuzione: motivo per cui il contratto di appalto viene considerato l'esempio tipico del c.d. contratto ad esecuzione prolungata⁹⁰.

Nella particolare fattispecie giuridica costituita dall'appalto pubblico, la durata dell'esecuzione del contratto risulta, inoltre, particolarmente soggetta a subire gli effetti dell'esercizio dei poteri speciali della pubblica amministrazione, in quanto l'avvio delle prestazioni contrattuali, l'andamento e le ultimazioni delle stesse, sono dettagliatamente disciplinati

⁹⁰ CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 28: "L'esecuzione della prestazione, cioè, non è istantanea, ma si svolge nel tempo, successivamente alla conclusione del contratto, e ciò non per mera accidentalità, ma per la sua essenza".

Quella dei contratti ad esecuzione prolungata viene ormai da tempo considerata una categoria generale, di cui l'appalto costituisce solo l'esempio più cospicuo, e che va inserita, come terza categoria intermedia, nella tradizionale bipartizione in obbligazioni ad esecuzione istantanea ed obbligazioni di durata: RUBINO – IUDICA, *Appalto*, in Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 1992, 182. Tale connotazione strutturale, in particolare quanto al contratto di appalto, incide fortemente sulla effettiva operatività del rimedio risolutorio, con particolare riferimento agli effetti retroattivi previsti dal codice civile con l'art.1458, primo comma, su cui v. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XI, Milano, 1325. Sulla qualificazione del contratto di appalto come contratto ad esecuzione prolungata, si vedano, oltre agli Autori citati: GIATTANASIO, *L'appalto*, in Trattato di diritto Civile e Commerciale già diretto da Antonio Cicu – Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Milano, 1977, 14; STOLFI, *Voce Appalto (contratto di)*, in Enciclopedia del diritto Vol. II, Milano 1958, 637; LUMINOSO, *I contratti per l'esecuzione di opere e di servizi*, in Istituzioni di diritto Commerciale a cura di Vincenzo Buonocore, Torino, 2003, 585-586; CAGNASSO, *Voce Appalto nel Diritto Privato*, in Digesto quarta edizione, Discipline privatistiche, Torino 1987, 166; DE BON, *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di Giorgio De Nova, Milano, 1994, 486. Non recepisce la categoria generale dei contratti ad esecuzione differita, enunciando tuttavia con chiarezza la non inclusione del tipo appalto nella categoria dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, stante la "essenziale indivisibilità, salvo naturalmente l'accordo di entrambe le parti, della prestazione dell'appaltatore": MOSCARINI, *L'appalto*, in Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, Torino, 1984, 726.

da una serie di regole che scandiscono le fasi dell'esecuzione, determinando con precisione oneri ed obblighi del committente e dell'appaltatore⁹¹.

In questi casi - sia nel corso della "esecuzione prolungata", nel caso di appalto di opere, sia nel corso della esecuzione continuata o periodica, nel caso di appalti di forniture o di servizi - le disposizioni costituzionali in tema di rapporto tra giurisdizioni - in particolare gli articoli 103 e 113 - avendo come riferimento le note posizioni soggettive tipizzate ai fini del riparto, necessitano del filtro interpretativo della giurisprudenza in sede di applicazione, allo scopo di qualificare le situazioni giuridiche contrapposte. E l'esito potrà essere non univoco, tenuto conto che si versa in situazioni in cui la distinzione tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato non è sempre chiara, con inevitabili conseguenze in punto di effettività di tutela.

⁹¹ STRANO, *L'elemento temporale nell'esecuzione dei lavori pubblici*, in F. Mastragostino (a cura di), *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, Torino 2001, 343 e ss..

3- Contratto di appalto pubblico come fattispecie inclusiva delle più rilevanti tematiche del contratto pubblico. Rimedio risolutorio ed interesse pubblico.

Si è visto che il contratto di appalto pubblico si presta particolarmente all'analisi dei problemi posti: la specialità di tale tipo negoziale è infatti riferibile essenzialmente alla particolarità di un rapporto giuridico avente attualmente natura e struttura privatistica⁹², tuttavia caratterizzato dalla posizione non del tutto paritaria delle parti e da alcune deviazioni disciplinari dei singoli istituti rispetto allo schema di diritto comune. Si comprende, pertanto, l'interesse per questo istituto, che rappresenta un fenomeno giuridico tutt'altro che unitario ed anzi sicuramente complesso, che nasce da un momento pubblicistico, ma opera con un modulo privatistico.

Si dice comunemente che l'essere la pubblica amministrazione parte del rapporto, condiziona la disciplina dell'istituto mediante l'introduzione di una regolamentazione difforme, attuata attraverso la cosiddetta legislazione speciale: il problema è rappresentato dalla questione dell'appartenenza o meno di tali difformità al diritto privato, oppure al diritto pubblico.

Occorre quindi verificare se le norme speciali che contengono tali deviazioni e che generalmente appartengono al diritto pubblico, siano tali da far collocare il contratto di appalto nel campo del diritto pubblico, ovvero se

⁹² Si vedano sul punto CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 135 e ss.: gli Autori rilevano che il contratto di appalto è un istituto storicamente sorto proprio nel campo della esecuzione delle opere pubbliche e sarebbe divenuto solo in seguito tipico del diritto privato; l'attuale natura privatistica di tale contratto, ormai ammessa dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, risulta dalla circostanza che l'interesse pubblico non entra nella struttura del negozio, così come la pubblica amministrazione non interviene come autorità, ma come parte, ponendosi sullo stesso piano del privato. Nel contempo, l'interesse pubblico, pur presente, si esplica nella procedura che viene seguita per addvenire al contratto, già denominata da M.S. Giannini come fase dell'evidenza pubblica.

costituiscano un complesso di regole solo incidenti in un rapporto di diritto privato, del quale non modificherebbero la natura⁹³.

Il tema non è affatto nuovo. E la risalente disputa sulla natura dei contratti della pubblica amministrazione secondo la partizione in contratti “*jure privato*” e “*jure publico*”, veniva identificata, già nel primo novecento, nei tratti strutturali caratterizzanti l'appalto pubblico, da un lato, e la concessione, dall'altro⁹⁴.

E' utile a tale proposito fare riferimento all'elaborazione delle dottrine dell'epoca⁹⁵, le quali indicavano nella causa l'elemento essenziale del rapporto giuridico dell'uno o dell'altro tipo negoziale, attraverso il quale desumere la natura privatistica o pubblicistica del rapporto. Risultava fondamentale a tale scopo la considerazione che le parti avevano concretamente attribuito all'interesse pubblico: il negozio avrebbe costituito una concessione, se l'interesse pubblico fosse stato perseguito immediatamente, come tale anche nei confronti del privato. Con la conseguenza che quest'ultimo non avrebbe potuto ignorare che il proprio interesse particolare avrebbe dovuto conciliarsi con il pubblico interesse, la cui realizzazione lo poneva strutturalmente in posizione subordinata.

Il negozio avrebbe invece costituito un appalto, se la considerazione dell'utile pubblico non fosse stata estrinsecata dalla sfera dell'amministrazione e perciò si fosse presentata irrilevante alla volontà del privato: con la conseguenza che il rapporto si sarebbe instaurato e sarebbe stato eseguito indipendentemente da ogni subordinazione del rapporto al pubblico interesse.

⁹³ CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 139.

⁹⁴ Per una interessante disamina dei tratti fondamentali che distinguono l'appalto dalla concessione, sulla natura contrattuale dell'appalto di opera pubblica e sul ruolo che il mutamento dell'assetto giuridico dello Stato ha avuto sulla concezione della incidenza della supremazia della pubblica amministrazione nel campo dei negozi giuridici, si veda CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inidempniti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, in Riv. Dir. Pubbl., 1922, I, 553 e ss.

⁹⁵ Si veda in proposito GALLO, *I rapporti contrattuali del diritto amministrativo*, Padova 1936, 108 e ss..

Si enucleava in tal modo la figura del contratto amministrativo *jure privato*, tra cui tipicamente il contratto di appalto di opera pubblica, intendendosi per tale l'attività contrattuale che la pubblica amministrazione poneva in essere in regime di diritto privato. Tuttavia, si avvertiva nettamente che la distinzione – riferita all'epoca anche alla partizione tra atti d'imperio e atti di gestione – riservava rilevanti problematiche di carattere sistematico.

Per un verso, infatti, occorreva riconoscere che l'accertata natura privatistica dei negozi stipulati *jure privato* avrebbe portato a considerare non più atti amministrativi gli atti negoziali compiuti in tale ambito dalla pubblica amministrazione.

Per altro verso, risultava che anche quest'attività della pubblica amministrazione, pur essendo formalmente regolata dal diritto privato, non era interamente sottratta al diritto pubblico, restando influenzata, sia pure in parte, dalla disciplina pubblicistica.

Di nuovo, a seconda dell'angolazione da cui si analizzava il problema, si riconduceva la disciplina del contratto *jure privato* all'interno del quadro degli atti amministrativi⁹⁶, oppure la si connotava di natura privatistica,

⁹⁶ GALLO, *I rapporti contrattuali del diritto amministrativo*, cit., 228. Il riconoscere natura pubblicistica ai poteri esercitati dalla pubblica amministrazione successivamente al perfezionamento del contratto di appalto di opera pubblica, portava, secondo alcuni autori, alla conseguenza di negare la collocazione di tale istituto nel campo del diritto privato; sul punto si veda RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 40, nota 9, con riferimento alla autorevole dottrina del Mayer (secondo il quale il contratto di appalto pubblico non aveva la natura di un vero e proprio contratto, perché la superiorità di un contraente avrebbe escluso l'uguaglianza di posizione giuridica, che egli riteneva essere un presupposto del contratto; con la conseguenza che detto rapporto si sarebbe concretizzato in due atti amministrativi: uno che imponeva la prestazione, l'altro che concedeva l'indennizzo), ripresa in Italia dal Resta, il quale, nell'escludere l'esistenza di un vero e proprio contratto tra appaltante ed appaltatore, riteneva che detto istituto fosse costituito da due distinti negozi unilaterali, uno della pubblica amministrazione avente natura di atto amministrativo a tutti gli effetti, l'altro del privato che si sottoponeva alla volontà dell'amministrazione e si obbligava a fornire determinate prestazioni: da notare che tra le particolarità che il Resta indicava a sostegno della natura pubblicistica dell'appalto, vi era, con riferimento alle modalità di esecuzione, il potere di revoca da parte dell'amministrazione nel caso di inadempimento dell'appaltatore, senza bisogno di pronuncia giurisdizionale.

seppure con tratti di specialità derivanti dalla supremazia presupposta, di cui la pubblica amministrazione appare immancabilmente dotata⁹⁷.

La prova che il tema appare ancora oggi attuale e, di conseguenza, la conferma della persistenza della criticità di alcune questioni ad esso connesse – per quanto di nostro interesse: quella della natura dei poteri esercitati dalla pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto di appalto pubblico – si evince dalla circostanza che ancora oggi quest'ultimo tipo contrattuale, che pure viene definito strumento di azione proprio e tipico in molteplici manifestazioni dell'amministrazione, si afferma venga attratto, nella sua disciplina portante, dentro il modulo procedurale del diritto amministrativo, “salve marginali applicazioni di norme civilistiche”⁹⁸.

Come si vede, il problema di fondo – una volta ammessa, in via generale, la capacità della pubblica amministrazione di stipulare contratti di diritto privato – consiste ancora oggi nella qualificazione giuridica dei poteri da essa esercitati all'interno del perimetro del rapporto paritario di diritto privato.

In particolare, la risoluzione unilaterale del contratto di appalto di opera pubblica rappresenta storicamente una disciplina esemplare rispetto alla complessità del fenomeno, stante la combinazione dei poteri riconosciuti dalla disciplina privatistica all'autonomia contrattuale, con i poteri

⁹⁷ Per un'analisi di entrambi gli orientamenti, con riferimento agli autori che se ne fecero i principali fautori – il Mortara, in particolare per la tesi pubblicistica, nel senso della negazione che addirittura la pubblica amministrazione esercitasse poteri privatistici; Ranelletti ed Alessi, per la tesi che operava una netta demarcazione tra attività pubblicistica e attività privatistica della pubblica amministrazione, considerando questa ultima alla stessa stregua dell'attività che svolgono i soggetti privati nell'esercizio della loro autonomia – si veda ancora RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 9 e ss.. L'Autore sottolinea che anche per la teoria che ammetteva che la pubblica amministrazione esercitasse attività di diritto privato, tuttavia, la natura pubblica del soggetto ed il collegamento più o meno mediato con il perseguimento del pubblico interesse, non potevano restare privi di influenza sul regime dell'attività stessa: si rilevava, pertanto, l'esistenza di poteri eccezionali di natura normativa, quindi non di derivazione contrattuale, esorbitanti dal diritto privato, dai quali derivava una posizione di superiorità della pubblica amministrazione rispetto all'altro contraente.

⁹⁸ CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 3.

esercitabili discrezionalmente dalla pubblica amministrazione: con l'effetto della conseguente proiezione di un potere in senso lato autoritativo nella fase di esecuzione contrattuale.

Al fine della determinazione della natura del rapporto, si ritiene oggi comunemente che l'esercizio di tale potere non alteri l'essenza contrattuale dell'appalto pubblico, dovendosi a tal fine tenere presente la norma su cui si basa il rapporto – che ne definisce la natura – mentre le norme che ne regolano solo singoli momenti del rapporto non ne altererebbero la pariteticità⁹⁹.

Sul punto dovremo naturalmente tornare.

La particolarità riconosciuta sin dalla fine dell'800 all'istituto della rescissione d'ufficio del contratto di appalto di opera pubblica per inadempimento dell'appaltatore, si deve alla dinamica interazione tra la Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F e la progressiva delineazione della struttura del contratto di appalto civile, non ancora presente nel codice civile del 1865 come figura contrattuale autonoma rispetto allo schema romanistico della *locatio conductio*¹⁰⁰. A ciò si aggiunga che all'epoca i confini tra risoluzione e rescissione, tra recesso e revoca, non sembra fossero affatto chiari, né erano definiti i tratti distintivi propri di ciascuno di tali istituti.

E tuttavia, già nella disciplina post-unitaria di cui alla Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, erano presenti le connotazioni caratterizzanti i poteri conferiti alla pubblica amministrazione, in deroga al diritto comune¹⁰¹, la cui eccezionalità non sfuggiva alla dottrina ed alla giurisprudenza dell'epoca, le quali avvertivano distintamente le criticità conseguenti all'intreccio pubblico-privato, nei termini sopra analizzati.

⁹⁹ CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 139-140.

¹⁰⁰ MUSOLINO, *Profili di interpretazione storica del contratto di appalto*, in *L'appalto pubblico e privato*, diretto da Giuseppe Musolino, *Il diritto Privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, Vol. I, 5 e ss. Si veda anche sul punto, la fondamentale opera sul contratto di appalto: GIATTANASIO, *L'appalto*, Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu F. Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Milano 1977, 1 e ss.

¹⁰¹ GALLO, *I rapporti contrattuali del diritto amministrativo*, cit., 246 e ss.

Ancora, le tutele possibili a fronte dell'esercizio di tale potere hanno avuto da sempre a riferimento la scelta per la giurisdizione unica, operata parimenti nel 1865, secondo la quale il contratto della pubblica amministrazione è stato sempre attratto – anche dopo la instaurazione della giurisdizione amministrativa – nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

In tale contesto, verificheremo in quale modo la presenza “ingombrante” dell'interesse pubblico ha conformato l'istituto della attuale risoluzione unilaterale.

Analizzeremo, quindi, l'istituto della rescissione d'ufficio delineata nel 1865 con riferimento all'appalto di opera pubblica, per meglio comprendere la natura del rimedio, come risultante dall'attuale struttura del tipo contrattuale appalto pubblico.

4- L'attuale configurazione della nozione di appalto pubblico.

Si è accennato alla previsione normativa, risalente alla fine dell'800, dell'istituto della rescissione d'ufficio nel contratto di appalto di opera pubblica; si è anche fatto riferimento alle particolarità dell'istituto, dovute alla dinamica interazione tra la Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F e la progressiva delineazione della struttura del contratto di appalto civile, non ancora presente nel codice civile del 1865 come figura contrattuale autonoma, rispetto allo schema romanistico della *locatio conductio*.

Occorre pertanto rilevare, in via preliminare rispetto allo studio della natura e della funzione della dichiarazione unilaterale di risoluzione da parte della pubblica amministrazione, che al tipo contrattuale appalto pubblico corrisponde oggi una nozione molto più articolata e complessa, rispetto all'ambito delle sole opere pubbliche a cui si riferiva il rimedio risolutorio previsto e disciplinato nel 1865.

Si è detto che la rescissione d'ufficio venne positivizzata per il solo appalto di opera pubblica, ai sensi dell'art. 340 della Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, c.d. Legge sui Lavori Pubblici. E' noto, altresì, che il codice civile del 1865 non tipizzava l'appalto come un contratto a sé stante, ma ne prevedeva la disciplina soltanto come una particolare specie di locazione d'opera¹⁰².

A sua volta, la diffusione della stessa locazione di opera viene fatta derivare dal contratto di appalto per la costruzione di opere o edifici pubblici nella Roma antica¹⁰³.

E' stato pertanto rilevato¹⁰⁴ che il contratto di appalto si sarebbe sviluppato storicamente proprio nel campo dell'esecuzione delle opere pubbliche: il rilevante profilo del coinvolgimento dell'interesse pubblico o

¹⁰² MUSOLINO, *Profili di interpretazione storica del contratto di appalto*, cit., 10; GIATTANASIO, *L'appalto*, cit., 3 e ss.

¹⁰³ DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di LL.PP.*, in *Rivista di Diritto Pubblico, La giustizia amministrativa*, 1936, 499, con ampia bibliografia.

¹⁰⁴ CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 135

collettivo potrebbe pertanto rappresentare una plausibile spiegazione rispetto al fatto che prima ancora della tipizzazione del contratto di appalto civile – avvenuta solo con il codice del 1942 - si era presentata l'esigenza di disciplinare puntualmente la complessa materia dell'appalto opere pubbliche. Ed in tale contesto era stato previsto l'istituto della rescissione d'ufficio del contratto, caratterizzata dal riconoscimento alla pubblica amministrazione di un potere in senso lato autoritativo, che poteva definirsi all'epoca come effettivamente esorbitante rispetto agli schemi paritetici propri del diritto comune.

Tutte le tematiche correlate alla individuazione o meno di un potere pubblicistico in capo alla pubblica amministrazione con riferimento all'esercizio del diritto di rescissione del contratto - nelle ipotesi previste dall'art. 340 della Legge sui LL.PP. del 1865 - si sono quindi sviluppate esclusivamente con riferimento al contratto di appalto di opera pubblica. Analoghi poteri non erano rinvenibili con riferimento ad altri tipi contrattuali utilizzati dallo Stato e dagli enti pubblici per il reperimento di beni e servizi: detti rapporti si facevano generalmente rientrare nello schema dei contratti di somministrazione e di compravendita, rispetto ai quali i rimedi risolutori disponibili a tutela del pubblico interesse perseguito dalle pubbliche amministrazioni erano quelli ordinari, come previsti dal codice civile.

Motivo per cui, per gli “altri contratti” stipulati dalle pubbliche amministrazioni, stante la mancanza di specifiche previsioni normative, si era sostenuta l'opportunità di prevedere la predisposizione di rimedi idonei, quali, ad esempio, l'inserimento della clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 1456 del codice civile del 1942, dotata di specificità e determinatezza, sufficiente quanto meno ad escludere la necessità dell'indagine da parte del giudice sull'importanza dell'inadempimento¹⁰⁵.

¹⁰⁵ SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 1513.

Occorre peraltro considerare che anche successivamente all'introduzione della disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici del 2006, l'ambito applicativo del rimedio risolutorio pubblicistico risultava di esclusiva pertinenza dei soli contratti di appalto di opera pubblica: l'espressa abrogazione degli artt. 340 e 341 della Legge n.2248/1865, all. F, avvenuta attraverso l'art. 256 del Dlgs. n. 163/2006, infatti, non innovava la nostra materia quanto all'ambito applicativo, in considerazione del fatto che la disposizione contenuta nell'art. 136 del Codice dei contratti pubblici – riproduttiva dell'articolo 119 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici) - risultava collocata all'interno del Titolo III della Parte II del Codice (intitolato "Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai *lavori pubblici*"), Capo I (intitolato "Programmazione, direzione ed esecuzione dei *lavori*"), dove l'art. 126 specificava ulteriormente l'ambito applicativo degli articoli 126-141, affermando che "le disposizioni del presente capo si applicano agli appalti pubblici *di lavori* quale che ne sia l'importo".

Tale disciplina sistematica non appariva del tutto congrua rispetto alla nuova configurazione unitaria della nozione di appalto pubblico, di derivazione comunitaria, accolta dal Codice dei contratti pubblici, secondo cui (art. 3, comma 6) per appalti pubblici si intendono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

Con la conseguenza che sotto l'aspetto sistematico, la nozione di contratto di appalto pubblico risultava ormai caratterizzata dalla inclusione nella fattispecie della nota tripartizione: esecuzione di lavori, fornitura di prodotti e prestazione di servizi. In altri termini, un *genus* comprensivo di varie tipologie di contratti ¹⁰⁶.

¹⁰⁶ SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo Manuale dei contratti pubblici*, cit., 167 e ss.: secondo gli Autori la nozione unitaria e globale di appalti pubblici recepita dal codice dei contratti pubblici, non è più riferita ad uno schema negoziale tipico (contratto di

Una tale conformazione del tipo contrattuale appalto pubblico, unitaria ma nel contempo articolata e complessa¹⁰⁷, deve essere tenuta nel debito conto con riferimento alla disciplina applicabile nella fase di esecuzione del contratto.

E' pur vero che il codice sembra avere puntato l'attenzione più sul tipo di operazione che si realizza, da parte dei soggetti pubblici, piuttosto che sulle singole forme contrattuali utilizzate. E' altrettanto vero che tale risultato appare essere l'effetto dell'adattamento alla normativa comunitaria, la quale resta neutrale rispetto alle forme contrattuali utilizzate, ponendosi come *mission* prevalente lo sviluppo del mercato e della concorrenza¹⁰⁸. Tuttavia, la scelta sistematica posta dal codice dei contratti pubblici non può non avere conseguenze pratiche in termini di concreta disciplina degli istituti coinvolti, proprio in quanto unificati nel *genus* appalti pubblici.

Ad esempio, con riferimento agli appalti pubblici di forniture - definiti nel codice dei contratti pubblici del 2006 (art. 3, comma 9) come appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti – la semplice trasposizione di tale definizione - in precedenza contenuta nell'abrogato art. 2 del Dlgs. n. 358/1992 - nel perimetro di un istituto definito "appalto pubblico di

appalto), ma assume un significato sistemico generalizzato (appalti pubblici), che per ciò stesso abbisogna di ulteriori sottoindicazioni (di lavori, di forniture, di servizi), corrispondenti ai tre settori principali regolati da specifiche direttive comunitarie. In tale contesto, la formula appalti pubblici esprimerebbe più che altro il meccanismo di affidamento, ovvero il procedimento di scelta, dei vari contratti che abbiano ad oggetto prestazioni di lavoro, di forniture od i servizi, con la conseguenza che il concetto stesso di "appalti pubblici" nel sistema comunitario, non farebbe riferimento ai contratti, nei contenuti sostanziali tipici, bensì ai sistemi di affidamento e conclusione dei contratti.

¹⁰⁷ Si veda in proposito DE NICTOLIS, *I tipi contrattuali*, in L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A., opera diretta da Francesco Caringella e Mariano Protto, Bologna-Roma, 2012, 101 e ss..

¹⁰⁸ CARINGELLA - PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 26

forniture”, pone il problema degli effetti della sussunzione delle ex “pubbliche forniture” nel *genus* degli appalti pubblici¹⁰⁹.

Il rilevante problema della configurazione dei tratti conformativi del contratto di appalto si era già posto da tempo in letteratura¹¹⁰; in particolare, lo schema atipico dell'appalto di fornitura era stato individuato in modo efficace dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 2544/1950, con la quale veniva descritta la complessa operazione sottesa a tale rapporto giuridico, come il “trasferimento, da parte del fornitore al committente, di cose corrispondenti alla soddisfazione del bisogno da questi manifestato, in modo che tale fornitura corrisponda alla generica destinazione della cosa secondo il precetto dell'art. 1490 c.c., ma anche alle esigenze particolari del committente stesso, considerate in rapporto alle modalità di tempo, di luogo, di consegna, di adattamento, di messa in opera, ecc.”.

Si potrebbe affermare, pertanto - aderendo alla datata, ma efficace descrizione offerta dalla Suprema Corte - che con un appalto di fornitura le parti intendono realizzare un'operazione complessa, la quale non si riduce

¹⁰⁹ CARINGELLA - PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 29. Infatti, tenuto conto della definizione civilistica del contratto di appalto ex art. 1655 c.c., tale tipo contrattuale non potrebbe avere ad oggetto la fornitura di prodotti, che infatti veniva tradizionalmente ricondotta all'interno della fattispecie della somministrazione ex art. 1559 c.c..

¹¹⁰ Sul problema della individuazione dei tratti distintivi del contratto di appalto civile e della distinzione dalle figure contrattuali affini, le quali presentano elementi costitutivi comuni o simili, la letteratura è ampia: GIATTANASIO, *L'appalto*, cit., 18 e ss.; RUBINO - IUDICA, *Appalto*, Commentario del Codice Civile Scialoja Branca a cura di Francesco Galgano, terza edizione, Bologna - Roma, 1992, 43 e ss.; MOSCARINI, *L'Appalto*, in Trattato di diritto Privato diretto da Pietro Rescigno, Vol. XI, 706 e ss. ; CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 48 e ss.; LUMINOSO, *I contratti per l'esecuzione di opere o di servizi*, in Istituzioni di diritto commerciale a cura di Vincenzo Buonocore, terza edizione, Torino, 2003, 587; STOLFI, *Voce Appalto (contratto di)*, Enciclopedia del diritto, Vol. II, Milano, 1958, 632; CAGNASSO, *Voce Appalto nel diritto privato*, in Digesto Discipline Privatistiche, quarta edizione, Torino, 1987, 167.

Per un interessante studio sulla possibile individuazione della disciplina generale del contratto di durata, avendo a riferimento quella che l'Autore definisce “somministrazione di servizi”, fattispecie avente caratteri propri sia della somministrazione che dell'appalto, traendo le mosse dalla osservazione di GIORGIO DE NOVA - secondo il quale vi sono ipotesi nelle quali i tipi contrattuali si pongono “in posizione intermedia tra più tipi individuati”, con conseguente insufficienza in tali fattispecie nello schema della sussunzione - si veda: BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Dipartimento di diritto dell'economia dell'Università di Napoli, Milano, 1999.

soltanto allo scambio di cosa contro prezzo (compravendita o somministrazione, nel caso di prestazioni periodiche o continuative), dovendosi invece ritenere che l'esatto adempimento si avrebbe soltanto con la realizzazione delle particolari esigenze dedotte in contratto dal committente, le quali consentirebbero la qualificazione del tipo contrattuale "appalto" sotto il profilo causale.

Di conseguenza – tornando al nostro discorso - un appalto pubblico di fornitura presenterebbe necessariamente un *quid pluris*, in quanto il bene che costituisce l'oggetto della prestazione concorre a realizzare l'interesse pubblico dedotto in contratto: soltanto attraverso la realizzazione di una utilità ulteriore dedotta in contratto dal committente – volta a perseguire anche indirettamente il pubblico interesse - l'appaltatore avrà esattamente eseguito la propria prestazione, anche ai fini dell'art. 1218 c.c..

Quanto alla visione d'insieme rispetto agli aspetti sistematici conseguenti all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, risulta a questo punto chiara la lacuna o quantomeno l'asimmetria strutturale, derivante dalla iniziale mancata estensione a tutte le tipologie di appalti pubblici della disciplina garantistica prevista, invece, a favore della pubblica amministrazione, nel solo caso di ritenuto inadempimento dell'appaltatore di opera pubblica.

La riprova che il sistema non apparisse congruo, si evince anche dal fatto che la Corte di Cassazione, con sentenza appena successiva alla emanazione del codice dei contratti pubblici (Sez. I, 28-06-2006, n.14982), ritenne applicabile l'istituto della rescissione d'ufficio ex art. 340 Legge n. 2248/1865 all. F, ad un contratto di fornitura di materiali necessari per la realizzazione di un'opera pubblica.

Nella fattispecie la Corte, non potendo applicare la norma speciale sulla rescissione d'ufficio al di fuori della ipotesi tipica prevista dalla legge (appalto d'opera), aveva fatto ricorso, per un verso, ad una esegesi testuale dell'art. 340 - la cui collocazione nel capo 3° del titolo 6° della legge,

intitolato “Esecuzione dei contratti” avrebbe potuto consentire un riferimento “ai *contratti* e non solo al contratto di appalto” – e, per altro verso, ad una rivisitazione del “sistema della contrattazione nella materia di opere pubbliche”, tale da escluderne una “lettura restrittiva”.

Afferma la Corte che “La differenziazione, che il ricorrente propone, all’interno della contrattazione, valorizzando la differente caratterizzazione schematica tra i due tipi di contratti (appalto e somministrazione: n.d.r.) è, come rilevato, anzitutto contraria al dato letterale delle norme considerate, ma peraltro appare irragionevole, siccome esalta sino all’eccesso il connotato della specialità dell’istituto, che invece, letto in chiave non frammentata ma unitaria, non riceve smentita ma piuttosto conferma della rilevata logica coerenza che permea il sistema delle opere pubbliche, in ragione della quale i singoli contratti risultano aggregati e non scomposti in un assetto che li disciplina in senso uniforme in ragione del loro comune scopo”¹¹¹.

Si sarebbe potuto rilevare che la citata sentenza tendesse ad applicare in via analogica una interpretazione estensiva della norma sulla rescissione d’ufficio soltanto nella circoscritta ipotesi di un contratto formalmente diverso dall’appalto – nel caso: somministrazione – solo in quanto strumentale all’appalto di opera pubblica¹¹², ponendo tale decisione in termini di eccezione rispetto alla regola, che in tal modo risultava confermata.

Tuttavia, al contrario, con il D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (Regolamento esecutivo ed attuativo del Codice dei contratti pubblici), entrato in vigore in data 8 giugno 2011, la sopra evidenziata asimmetria è stata evidentemente

¹¹¹ La Corte si spinge ancora oltre, precisando che “Le osservazioni che precedono svuotano di rilevanza l’argomento tratto dalla previsione contenuta nel R.D. 25 maggio 1895, n. 350, art. 27, che applica la rescissione al solo contratto di appalto, siccome trattasi di norma regolamentare, che ha previsto in senso tecnico il procedimento attuativo in cui deve articolarsi l’istituto, che può dunque trovare applicazione, ed anche in via analogica, purché entro il limite della compatibilità, in tutti i casi in cui esso opera per legge”.

¹¹² SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 1513, nota 146.

riconosciuta ed in via di principio colmata, tenuto conto del fatto che la *ratio* sottesa al provvedimento è stata chiaramente individuata nella tendenza ad estendere la disciplina dei contratti di lavori ai servizi ed alle forniture, anche con riferimento alla fase di esecuzione del contratto¹¹³.

Ed appare chiaro che la tendenza alla omogeneizzazione della disciplina dettata per l'esecuzione dei contratti di appalto pubblico – unitariamente, quanto alla nota tripartizione di lavori, forniture e servizi – risulta funzionale a garantire una unitarietà di comportamenti ed una maggiore rispondenza alle esigenze di trasparenza, efficienza ed efficacia dell'azione di ogni amministrazione committente, in qualunque settore operante.

Il meccanismo utilizzato è stato quello, ovviamente, della estensione - rispetto ai contratti di fornitura e servizi - dei principi che da molto tempo erano stati previsti, applicati e consolidati, con la legislazione in materia di lavori pubblici¹¹⁴.

In particolare, per quanto di nostro interesse, l'art. 297 del D.P.R. n. 207/2010 estende l'ambito di applicazione degli articoli da 135 a 140 del Codice dei contratti pubblici, anche ai contratti di servizi e forniture, riconoscendo il potere della pubblica amministrazione di risolvere unilateralmente anche il contratto di appalto di fornitura e di servizi, in deroga ai tradizionali principi privatistici, nei casi tassativamente indicati nelle disposizioni di cui agli articoli 135 e 136 del codice dei contratti pubblici del 2006.

Si deve prendere atto, in definitiva, che l'evoluzione in senso ampliativo di tale tipo contrattuale ha consentito il conseguente dilatarsi dell'ambito applicativo della norma speciale che si riteneva individuasse in capo alla pubblica amministrazione il potere di risolvere unilateralmente il contratto,

¹¹³ FANTINI, *Regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici*, su www.treccani.it

¹¹⁴ CARBONE, *Esecuzione del contratto e contabilità delle forniture e dei servizi*, in *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, a cura di Roberto Giovagnoli, Milano, 2011, 825 e ss.

secondo uno schema che all'epoca poteva definirsi come esorbitante dal diritto comune.

Capitolo Secondo

Responsabilità dell'appaltatore tra diritto privato e diritto pubblico. Il piano dell'indagine.

1- La suddivisione in fasi del contratto di appalto pubblico ed il riparto di giurisdizione.

Così sommariamente descritto il terreno su cui affonda le radici la nostra ricerca, occorre rilevare che in tema di responsabilità contrattuale dell'appaltatore, l'intreccio pubblico-privato di cui si è parlato nella prima parte evidenzia ancora oggi alcune importanti criticità; la circostanza che esse non rappresentano una novità induce a ritenere che le problematiche sottese al tema risultino alquanto complesse, al punto da non avere trovato a tutt'oggi una univoca soluzione.

Sembra potersi affermare, infatti, che con riferimento alla risoluzione unilaterale per inadempimento del contratto di appalto pubblico da parte della stazione appaltante, si assista ad un'applicazione ormai ripetitiva, in quanto tradizionalmente impostata in termini granitici, del criterio di riparto tra le giurisdizioni, avendo a modello la nota divisione della vicenda degli appalti pubblici in due parti¹¹⁵.

Si è affermato che tale criterio di riparto abbia rappresentato, all'epoca, una sorta di soluzione intermedia tra il sistema francese dei *contrats administratifs*, devoluto interamente al giudice amministrativo ed il sistema

¹¹⁵ Si veda in proposito, da ultimo, SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2015, 1252 e ss.: “Una prima fase, detta dell'evidenza pubblica, preordinata alla formazione del contratto e soprattutto alla scelta del contraente privato; e una seconda fase in cui il contratto, oramai stipulato, generalmente ad esecuzione prolungata, è eseguito dall'amministrazione committente e dall'appaltatore privato, adempiendo alle diverse prestazioni in esso dedotte”.

vigente nell'allora Repubblica Federale Tedesca, nel quale è competente unicamente il giudice ordinario¹¹⁶.

Occorre pertanto prendere le mosse dall'opinione ormai consolidata sia nella giurisprudenza civile che amministrativa¹¹⁷, secondo cui la "prima

¹¹⁶ GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano 1986, 2 e ss.

¹¹⁷ Si veda per tutte Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 23 ottobre 2014, n. 22554, con riferimenti alla concorde giurisprudenza del Consiglio di Stato, espressa con la sentenza n. 10/2011, in Repertorio UTET Pluris, voce Competenza e giurisdizione civile – Giurisdizione amministrativa.

Nell'ampia motivazione, le Sezioni Unite, premesso il criterio utilizzato al fine della individuazione della giurisdizione (c.d. *petitum* sostanziale, identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso, con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione ed in base al quale la domanda deve essere identificata), distingue la ripartizione della giurisdizione in fasi, affermando che "in termini generali può convenirsi sul rilievo che, quando la stipulazione di un contratto di diritto privato da parte di una pubblica amministrazione sia preceduta da una ben distinta fase prodromica, in cui la medesima amministrazione definisca le modalità ed i termini del proprio agire contrattuale e proceda ad individuare la controparte con la quale intende stipulare il contratto, la legittimità degli atti amministrativi ricadenti in siffatta fase prodromica, trattandosi pur sempre di atti in cui si esplica una potestà amministrativa, è soggetta al vaglio del giudice amministrativo; resta ferma, invece, la giurisdizione ordinaria quando si controverta della validità del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione *iure privatorum*, contratto che ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c., comma 1), siano esse pubbliche o private". Aggiunge la Corte che "Sulla scorta di tale criterio la giurisprudenza di queste sezioni unite è perciò costante nel distinguere, ai fini del riparto di giurisdizione, la fase anteriore da quella successiva alla stipulazione del vincolo contrattuale tra pubblica amministrazione e controparte privata, precisando che prima della stipula del contratto l'eventuale revoca o annullamento della deliberazione autorizzatoria è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al rapporto negoziale di natura privatistica costituente l'attuazione di tale scelta e quindi radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio stesso, mentre rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative agli atti negoziali e paritetici con riferimento ai quali, una volta sorti gli impegni negoziali da essi derivanti, la pubblica amministrazione non può più spendere alcun potere d'imperio, neppure in via di autotutela (si vedano, tra le altre, Sez. Un. n. 12901 del 2013; nonché Sez. Un. n. 19046 del 2010 e n. 26792 del 2008)".

Nella stessa ordinanza, la Corte riporta il conforme orientamento espresso dal Consiglio di Stato, il quale, nella sua più autorevole composizione ha evidenziato "la necessità di distinguere in questa materia gli atti prodromici, afferenti al processo decisionale, dai successivi atti negoziali con cui l'ente pubblico spende la sua capacità di diritto privato ponendo in essere il contratto con la parte privata (Ad. Plen. n. 10 del 2011) e, da ultimo, ulteriormente precisando ... che ove non sia possibile individuare una "determinazione autoritativa procedimentalizzata", cioè un autonomo e ben distinto procedimento decisionale in grado di sintetizzare le valutazioni discrezionali in base alle quali l'amministrazione manifesta poi la propria volontà negoziale, l'annullamento dell'atto

fase” (formazione del contratto e scelta del contraente privato) ha natura pubblicistica ed è perciò devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre la “seconda fase” (esecuzione del contratto) è disciplinata dal diritto privato ed è perciò devoluta al giudice ordinario.

Tuttavia, nel momento in cui si scende ad analizzare in concreto la natura e la funzione degli istituti coinvolti, occorre prendere atto del fatto che la suddetta ripartizione, benché validamente ed autorevolmente sostenuta in via di principio - al punto da apparire perfino ovvia – con riferimento ad alcune evenienze incidenti temporalmente nella fase dell’esecuzione del contratto¹¹⁸, non appare sempre soddisfacente o quanto meno incontestabile nella sua assolutezza¹¹⁹.

E stato autorevolmente rilevato¹²⁰ che a fronte della suddetta posizione giurisprudenziale la dottrina non ebbe ad effettuare un’opera di elaborazione adeguata, almeno fino agli anni ’20 del novecento.

amministrativo in via di autotutela si prospetta come un mero artificio non idoneo a mascherare la realtà di un giudizio volto a sindacare direttamente i requisiti di validità del contratto, come tale esulante dalla giurisdizione amministrativa (Ad. Plen. n. 13 del 2014)”.

Conforme alla citata ordinanza: Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 9861 del 14-5-2015, su Repertorio UTET Pluris, voce Competenza e giurisdizione civile – Procedimento civile.

¹¹⁸ La stessa Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 23 ottobre 2014, n. 22554 cit., rileva espressamente la problematica, aggiungendo, con particolare riferimento all’esercizio dell’autotutela da parte della pubblica amministrazione, che “se in generale esso incontestabilmente si connota come espressione di un potere di supremazia, implicante una valutazione discrezionale dell’interesse pubblico all’eliminazione dell’atto viziato, onde la verifica di eventuali profili di illegittimità nell’uso di quel potere naturalmente ricade nella sfera di competenza del giudice amministrativo, quando – come nella specie – l’amministrazione abbia inteso avvalersi dell’autotutela per fare venire meno atti ai quali abbia fatto seguito la stipulazione di un contratto di diritto privato, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo si presenta assai più problematico, dovendosi indagare sul rapporto esistente tra quegli atti e quel contratto e sui relativi effetti”.

¹¹⁹ SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit.; l’Autore spiega l’attrazione degli atti precedenti la stipulazione del contratto nell’orbita degli atti amministrativi, in considerazione del fatto che il codice civile del 1865 non prevedeva ancora una disciplina della responsabilità precontrattuale, mentre la successiva elaborazione della teoria dell’evidenza pubblica avrebbe consentito l’autonoma impugnabilità di tali atti (stante la ormai ritenuta natura amministrativa degli stessi) davanti al giudice amministrativo, secondo il criterio della *causa petendi*, con conseguente individuazione in capo al privato di una posizione soggettiva di interesse legittimo.

¹²⁰ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, 345.

In quel momento storico, peraltro, la dottrina era soprattutto concentrata sull'istituto del provvedimento unilaterale, nel contesto della elaborazione degli istituti della parte generale del diritto amministrativo. Il contratto rimase, pertanto, relegato ai margini dell'elaborazione pubblicistica¹²¹, soffrendo una sorta di "ostracismo ideologico", che, seppure non indusse la dottrina fino alla negazione della natura privatistica dell'appalto pubblico, tuttavia fece ritenere opportuno circondare l'appalto di una fitta rete di atti, per ciò stesso definiti amministrativi, con l'evidente finalità di tutela della posizione di supremazia di cui la pubblica amministrazione risultava portatrice.

Alcuni di tali atti avrebbero potuto essere adottati anche nella fase successiva alla stipulazione del contratto, limitandone o rimuovendone gli effetti. Con conseguente eccezione alla regola della pariteticità, che avrebbe dovuto invece caratterizzare la fase di esecuzione del contratto.

Resta il fatto che l'assimilazione degli atti precedenti la stipula del contratto alla categoria degli atti amministrativi, con conseguente individuazione della giurisdizione del giudice amministrativo, è andata consolidandosi nel tempo. Una rielaborazione dell'impostazione della materia si ebbe soltanto negli anni '60 del novecento, a causa del mutamento generale del contesto anche socio-politico, favorevole ad un modello di amministrazione consensuale, nel quale l'accordo e il contratto iniziarono ad assumere un ruolo di maggiore rilievo.

In quegli anni, Massimo Severo Giannini¹²² elaborò la nota teoria dell'evidenza pubblica, individuando un duplice procedimento nella fase che precede la stipulazione: uno avente natura privatistica, relativo alla formazione del contratto, l'altro avente natura pubblicistica, finalizzato al rapporto con l'autorità di controllo. Successivamente, negli anni '80,

¹²¹ MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 374 e ss., nonché LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, 1964, ora in *Scritti Giuridici*, Padova 2002, 3 e ss..

¹²² GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 363 e ss.

tuttavia, altra dottrina ritenne di escludere che gli atti di evidenza pubblica avessero natura di provvedimenti amministrativi, in quanto esplicazione di potestà amministrativa, riconoscendo loro piuttosto un contenuto negoziale, essendo preordinati alla formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione¹²³.

Con l'art. 13, comma 2, della Legge 19 febbraio 1992, n. 142 (c.d. Legge comunitaria per il 1991), che recepiva la prima direttiva ricorsi del 1989 (Direttiva del Consiglio 89/665/CEE), venne esplicitata l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica. I successivi interventi del legislatore hanno confermato e rafforzato tale attribuzione, ampliando progressivamente gli strumenti di tutela ed il perimetro della giurisdizione amministrativa. La devoluzione anche di questa materia alla giurisdizione esclusiva è stata correttamente posta come argomentazione a sostegno della natura non autoritativa degli atti di evidenza pubblica¹²⁴.

Quanto alla fase di esecuzione del contratto di appalto pubblico, successiva alla stipulazione del contratto, la tesi della natura privatistica ha ricevuto ulteriore, autorevole conferma da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 53 del 18 febbraio 2011¹²⁵.

¹²³ GRECO, *I contratti dell'amministrazione e tra pubblico e privato*, cit. 81 e ss.

¹²⁴ SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1254.

¹²⁵ Corte Costituzionale, 18 febbraio 2011, n. 53: "La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, nel settore degli appalti pubblici, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale è disciplinato da norme che devono essere ascritte nell'ambito materiale dell'ordinamento civile. Ciò in quanto, in tale fase, l'amministrazione si pone in posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale (*ex multis* sentenza 401 del 2007). Con riferimento alla disciplina del collaudo, pertanto, le regioni sono tenute ad applicare la normativa statale e ad adeguarsi alla disciplina dettata dallo Stato per tutto quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture. Questo non significa – aggiunge la Corte – che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possono residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici, riferibili in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva".

E proprio dall'espressa previsione di giustificate eccezioni alla regola, che si legge nella citata sentenza - laddove si afferma che in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico possono residuare, in capo all'autorità procedente, "poteri pubblici" riferibili, in particolare, a specifici aspetti organizzatori afferenti alla fase esecutiva – si trae conferma dell'attualità dell'indagine conoscitiva del nostro lavoro, avente ad oggetto la sussistenza o meno di una tutela effettiva, con riferimento alle posizioni soggettive incise da tali "poteri pubblici" nel corso della fase di esecuzione del contratto.

2- Eccezioni alla regola del riparto fondata sulla suddivisione del contratto di appalto pubblico in fase pubblicistica e fase privatistica.

Occorre quindi rivolgere uno sguardo d'insieme su alcune situazioni specifiche, nelle quali accanto alla regola della suddivisione del contratto di appalto in fasi (scelta del contraente ed aggiudicazione, pubblicistica; esecuzione, privatistica) si rende necessaria l'applicazione del criterio di riparto fondato sul c.d. *petitum* sostanziale, allo scopo di individuare e fornire di tutela situazioni di interesse legittimo, collocabili nella fase di esecuzione, perimetro entro il quale, in via generale, la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario.

Si è già detto che autorevole dottrina¹²⁶, riferendosi ai rapporti tra amministrazione pubblica e diritto privato, afferma che “Diritto privato e diritto pubblico si contendono territori, avanzano o indietreggiano, occupano nuovi spazi o ne vengono ricacciati”.

Si tratta di situazioni che si caratterizzano per rappresentare esplicazione di poteri discrezionali, tuttavia non definiti univocamente da dottrina e giurisprudenza, in quanto qualificati talvolta in termini di autotutela privata, ovvero come esplicazione di poteri in autotutela o poteri esorbitanti, che la parte pubblica avrebbe la facoltà di esercitare anche in tale fase¹²⁷.

¹²⁶ IRTI, *Prefazione* in Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., IX: “Se lo Stato di diritto è, nei tempi del nostro vivere, Stato parlamentare dei partiti, allora interessi privati ed interessi pubblici dipendono da una *scelta politica*, la quale li ordina, li provvede o li spoglia di tutela, li classifica o li dispone in gerarchia in preferenza. In ragione della scelta – la quale, come è ovvio, si risolve in posizione o abolizione di norme – vengono usate le diverse “tecniche” e messi in campo i diversi schemi di disciplina. La difesa di interessi privati o di interessi pubblici non sta nell’impiego di una od altra tecnica, ma nel *conflitto politico*, nel prevalere o soccombere entro le lotte del regime parlamentare” (ivi, X).

¹²⁷ COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, Torino 2011, 30 e ss., il quale elenca, a titolo di esempio, il potere di disporre l'anticipata esecuzione del contratto, il potere di disporre la sospensione dei lavori, il potere di risoluzione dell'appalto di lavori a norma dell'art. 136 del Codice dei contratti pubblici, il potere di recedere unilateralmente pagando un indennizzo predeterminato nella misura, di modificare unilateralmente in contratto nei limiti del quinto d'obbligo, il potere di autorizzare o meno il subappalto, di negare il trasferimento del contratto a norma dell'art. 116.

La sensazione è che, se non supportate da adeguati approfondimenti in termini sistematici con riferimento ai singoli istituti o rimedi coinvolti, le citate qualificazioni lasciano insoddisfatto chi non si dovesse accontentare del fine pratico – cui sembrerebbe informata di massima la giurisprudenza - del raggiungimento dell'esito finale consistente nella collocazione della specifica materia nell'una o nell'altra giurisdizione.

Si potrebbe ritenere, ad esempio, più funzionale alla omogeneità e stabilità delle decisioni ed in generale del sistema giudiziario, la preferenza rispetto ad un inquadramento riconducibile all'esegesi strutturale e sistematica di ogni singolo istituto interessato dal problema, in termini di riferibilità di esso alla disciplina privatistica o invece a quella pubblicistica. Tenendo conto opportunamente, a tal fine, se e quanto lo strumento negoziale dovesse risultare in concreto funzionalizzato rispetto agli interessi pubblici coinvolti; dovendosi, inoltre, considerare la capacità di questi ultimi, da valutare caso per caso, di spostare il baricentro gravitazionale di tale disciplina, in alcuni casi sbilanciandolo dall'uno, verso l'altro campo.

E qualora ciò dovesse accadere, in assenza di previsioni legislative che collocassero la specifica materia nel perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa, occorrerebbe fornire una risposta di tutela adeguata rispetto ai singoli interessi coinvolti.

Con la precisazione, tuttavia, che la stessa qualità di tutela apprestata ai diritti paritetici dovrebbe essere riservata anche agli interessi connessi alla tutela del mercato e della concorrenza - i quali sono ontologicamente propri della materia del tipo contratto di appalto pubblico, nella nuova nozione di derivazione sovranazionale - che non possono non informare in senso lato, quale substrato o cornice normativa, anche la fase di esecuzione del contratto.

Appare ragionevole affermare che, in termini generali, un approccio metodologico maggiormente approfondito consentirebbe di tentare di fornire risposte più convincenti alla domanda di effettività di tutela e di

maggiore uniformità di giudicati: come si vedrà, nei casi in cui la giurisprudenza ha analizzato scientificamente il problema, il sistema si è immediatamente stabilizzato sui punti critici adeguatamente valutati, contribuendo sensibilmente alla chiarezza della struttura delle posizioni soggettive coinvolte, con ogni conseguenza in termini anche di presumibile riduzione di contenziosi, maggiore tutela della parti contrattuali e, nel contempo, maggiore tutela del mercato e della concorrenza.

Ecco, pertanto, che appare funzionale al nostro studio individuare, senza alcun proposito di completezza e di approfondimento, un primo gruppo di eccezioni alla regola della netta suddivisione in due fasi (scelta del contraente e stipulazione, da un lato; esecuzione, dall'altro) ai fini del riparto di giurisdizione, con riferimento ad alcune ipotesi tipizzate, rispetto alle quali si individua la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'approfondimento di tali istituti esula dall'oggetto della nostra indagine, la quale si colloca nello specifico ambito delle fattispecie estintive del contratto; tuttavia, esse si pongono, parimenti, come interessanti casi di non completa applicazione della regola tradizionale del riparto e che, come tali, non possono non essere segnalati, quanto meno allo scopo di evidenziare le soluzioni sistematiche adottate in via legislativa, oppure derivanti dall'opera incessante dell'interpretazione giurisprudenziale.

Pertanto, mentre con riferimento, ad esempio, alla revisione dei prezzi ed al divieto di rinnovo dei contratti, la tutela è stata apprestata in senso effettivo mediante l'estensione in via normativa della giurisdizione amministrativa esclusiva¹²⁸, al contrario, in altri casi, è stata l'interpretazione giurisprudenziale ad individuare la regola generale del riparto, mediante applicazione del criterio della valutazione della sussistenza o meno dell'esercizio di un potere autoritativo, come nel caso

¹²⁸ Art. 133, comma 1, lettera e), del Codice del processo amministrativo, approvato con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

dell'autorizzazione al subappalto¹²⁹ o del potere di recedere dal contratto a seguito di un'informativa antimafia¹³⁰.

In altri casi ancora, ed in particolare per la questione delle varianti¹³¹, si è pervenuti ad una doppia tutela, stante la natura di tale istituto, che riconosce

¹²⁹ Si veda Consiglio di Stato, Sezione IV, 24 marzo 2010, n. 1713: avente ad oggetto l'appello proposto avverso la sentenza con cui il TAR del Lazio aveva dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, il ricorso proposto avverso il diniego opposto dalla stazione appaltante alla richiesta di autorizzazione al subappalto in favore di altra impresa di alcune lavorazioni comprese nell'appalto già affidato. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, sostenendo, con ampia motivazione, che il rilascio o meno della richiesta autorizzazione "è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo", con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo. Si legge in motivazione che "le condizioni per l'ammissibilità del subappalto di cui all'art. 118 del D.Lgs. n. 163 del 2006, non appaiono affatto intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario (interesse che in sé considerato, come sostenuto dal primo giudice, sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece ad evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato".

¹³⁰ Si veda TAR Calabria – Reggio Calabria, 24 febbraio 2016 n. 120: "La giurisdizione del giudice amministrativo in tema di interdittiva antimafia, si estende pure sulle connesse controversie relative agli atti di recesso e (o) risoluzione (ovvero sospensione del rapporto) che vengono adottate dalle amministrazioni una volta ricevuta un'informativa antimafia negativa, la quale attesti il pericolo di contaminazione mafiosa nelle compagini controparti contrattuali dell'amministrazione medesima (D.Lgs. n. 159/2011 Codice antimafia).

Conforme TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 23 agosto 2011, n. 681: "Il recesso dal contratto di appalto pubblico, allorché non trova fondamento in inadempienze verificatesi nella fase di esecuzione del contratto, ma è consequenziale all'informativa del Prefetto ai sensi dell'art. 10 D.P.R. n. 252 del 1998, è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nell'art. 1 dello stesso D.P.R. e imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata; conseguentemente la controversia in ordine alla legittimità del recesso stesso è, in questo caso, devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo".

¹³¹ Sul tema delle varianti, si rimanda per approfondimenti a CIANFLONE – GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 668 e ss.; SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, cit., 1469 e ss.

In giurisprudenza, premesso che "Costituiscono varianti ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. 163/2006 (Codice degli appalti) le vere e proprie modifiche progettuali e non già le soluzioni tecniche migliorative consentite sulla base del progetto predisposto dalla stazione appaltante e che non comportino uno stravolgimento dell'ideazione sottesa a quest'ultimo" (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1595) e rilevato che "anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, è consentito alle imprese di proporre le variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche,

anche nella disciplina privatistica un potere di intervento unilaterale ai soggetti coinvolti nel contratto, in linea con la natura ontologicamente elastica del tipo contrattuale appalto¹³², secondo la finalità di apprestare un rimedio rispetto alla razionalità limitata del committente dell'opera, con la conseguente previsione di una parziale mutabilità dell'oggetto dell'appalto¹³³.

Come si vede, in tali ambiti la giurisprudenza amministrativa si è affiancata a quella del giudice ordinario, allo scopo di evitare che attraverso un abuso dello strumento dello *ius variandi*, possano essere aggirate od eluse le procedure di evidenza pubblica.

purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, onde non ledere la *par condicio*” (TAR Campania – Napoli, Sez. I, 23 marzo 2016, n. 1501), è pacifico che la giurisdizione sulla valutazione sulle decisioni discrezionali dell'amministrazione spetta al giudice amministrativo, il cui sindacato sarà “circoscritto ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza delle scelte compiute dall'amministrazione”, in considerazione del fatto che “l'ammissione di un'offerta in variante costituisce una valutazione afferente a criteri di discrezionalità tecnica” (TAR Campania – Salerno, Sez. I, 14 settembre 2015, n. 2008. Ha affermato per altro verso la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 luglio 2001 n. 9220, che “In tema di revisione del prezzo dell'appalto di opere pubbliche, la situazione soggettiva dell'appaltatore, in quanto correlata alla facoltà riconosciuta dalla legge alla stazione appaltante, ha sino all'entrata in vigore dell'art. 3 del d.l. 333 del 1992, natura di interesse legittimo tutelabile davanti al giudice amministrativo, ed acquista per contro consistenza di diritto soggettivo solo dopo che l'amministrazione abbia positivamente esercitato il suo potere di accordare la revisione”. Si veda anche Corte di Cassazione, Sezioni unite, 31 marzo 2005, n. 6743.

¹³² Si veda in proposito FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in I contratti, n. 4/1994, 385: secondo l'Autore dal un punto di vista civilistico il contratto di appalto presenta, contrariamente agli altri contratti, una struttura elastica; nel contratto di appalto, infatti, l'elemento causale si ridurrebbe all'assunzione da parte dell'appaltatore dell'obbligazione (di risultato) di consegnare l'opera, mentre tutti gli altri elementi potranno essere costruiti in corso d'opera, con la previsione di norma (di carattere eccezionale) che permettono la sopravvivenza del contratto ad evenienze sopravvenute, le quali porterebbero altrimenti alla invalidità e, funzionalmente, alla risoluzione. L'Autore conclude, pertanto, che lo schema del contratto di appalto possiede in sé elementi di adeguamento alle mutate circostanze, del tutto sconosciuti agli altri contratti.

¹³³ Si veda GUERINONI, *Il contratto “incompleto”*, in PMI, n. 9/2006, 12, il quale, con riferimento al contratto di appalto privato, individua nella lunga durata del rapporto contrattuale e nei conseguenti problemi di gestione del rapporto stesso, la strutturale incompletezza dello stesso: “L'incompletezza è necessaria alle parti per introdurre nella relazione quella flessibilità necessaria affinché il contratto possa continuamente adeguarsi al mutare delle circostanze, specie in contesti socio economici caratterizzati da veloci cambiamenti”.

Da quanto sopra rilevato, in termini estremamente sintetici e meramente esemplificativi, si deduce, come primo spunto di osservazione, che le situazioni che giustificano deroghe od eccezioni al criterio generale di riparto nella fase dell'esecuzione del rapporto, traggono legittimazione dalla ritenuta necessità di protezione, nel corso dell'esecuzione del contratto, (anche) di diritti o interessi ulteriori rispetto a quelli di matrice privatistica.

Si tratta di diritti ed interessi rilevanti e come tali oggetto di necessaria valutazione, tutela e controllo, da parte della pubblica amministrazione¹³⁴: si pensi, come detto, al rispetto effettivo della concorrenza, a tutela della quale è propriamente preordinata la prima fase¹³⁵, avente, infatti, caratteristiche più marcatamente pubblicistiche.

L'interesse per la fase di esecuzione del contratto appare peraltro derivare proprio dalla individuata necessità di apprestare idonei strumenti di tutela (anche) alle numerose tipologie di interessi pubblici, presenti oppure solo impliciti in tale fase, i quali, se non correttamente identificati e sistematizzati, potrebbero condurre ad un vuoto di tutela a danno (anche) degli interessi pubblici coinvolti. Effetto particolarmente grave e rilevante, tenuto conto che ciò potrebbe vanificare in tutto o in parte le garanzie pubblicistiche previste nella prima fase della scelta del contraente e dell'aggiudicazione, le quali rispondono proprio alla *ratio* di tutela di tali tipologie di interessi.

Al contrario, una carenza nella identificazione e sistematizzazione degli interessi pubblici sottesi alla fase di esecuzione, potrebbe portare ad incentivare forme abusive di tutela da parte della stazione appaltante,

¹³⁴ La quale, a sua volta è soggetta alle regole sulla pubblicità, sulla trasparenza e sulla diffusione di informazioni. Sul tema del "principio generale sulla trasparenza" enunciato dall'art. 1 del D.Lgs. n. 33/2013, si rimanda a SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9/2013, 795.

¹³⁵ CAVALLO PERIN – RACCA', *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.* 2010, 330 e ss.: gli Autori affermano che i principi di trasparenza e di parità di trattamento, in funzione della libertà di circolazione dei servizi, permeano entrambe le fasi e vincolano comunque la pubblica amministrazione; si veda SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1260.

mediante uso di poteri in senso lato autoritativi, dissimulati sotto la forma di un'apparente autotutela privatistica. Attraverso tale modalità di azione, la pubblica amministrazione potrebbe ottenere il risultato di comprimere unilateralmente posizioni strutturalmente paritarie, sfuggendo al controllo di un effettivo sindacato giudiziale.

Sotto tale profilo, occorre infatti rilevare che la supposta natura negoziale degli strumenti adottati nella fase esecutiva, dovrebbe avere l'effetto di affrancare la stazione appaltante dai formalismi pubblicistici propri dell'azione amministrativa: primo fra tutti la motivazione del provvedimento assunto, la cui finalità ontologica viene rappresentata in termini di funzionalizzazione del procedimento di formazione della volontà, per il riscontro della legittimità degli atti adottati, ai fini del sindacato sull'azione della pubblica amministrazione.

E tuttavia, ad un siffatto svincolo dai formalismi pubblicistici dovrebbe corrispondere un sindacato giurisdizionale idoneo a riconoscere e sanzionare l'eventuale superamento dei limiti posti all'amministrazione, qualora abbia agito mediante lo strumento negoziale, laddove tale azione fosse eventualmente confluita nell'abuso.

Quest'ultimo profilo è stato approfondito da autorevole dottrina¹³⁶, quanto alla qualificazione giuridica degli atti posti in essere dall'amministrazione, nei casi in cui essi costituiscano esercizio di potestà incidenti in ambito negoziale, con specifico riferimento ai "poteri" di recesso e risoluzione nel contratto di appalto pubblico¹³⁷.

¹³⁶ CATRICALA', *L'autotutela della stazione appaltante*, in *Rivista Trimestrale Appalti*, 2001, 421 e ss.

¹³⁷ Occorre peraltro rilevare che il Catricalà (cit., 424) definisce tali "poteri" di recesso e risoluzione in termini di "strumenti di autotutela (privata, ma anche, in qualche misura amministrativa)", i quali costituirebbero "una deroga al generale divieto di conseguire la realizzazione delle proprie ragioni senza il riconoscimento giurisdizionale"; l'Autore si chiede, pertanto, "se correttamente l'esercizio di prerogative così rilevanti e non determinate dal contratto possa definirsi attività paritetica", aderendo ad una tesi pubblicistica, quanto alla natura di tali prerogative. Coerentemente, attraverso un procedimento di analisi che lo induce ad identificare una speculare simmetria tra il procedimento volto alla determinazione a contrarre ed il procedimento volto alla

Alla domanda se l'esercizio di prerogative così rilevanti possa definirsi attività paritetica, la citata dottrina, riferendosi ai vizi funzionali della causa del contratto di appalto pubblico, auspica anche un ricorso all'istituto dell'abuso del diritto, con particolare riferimento al diritto potestativo, pur riconoscendo che, allo stato, tale soluzione interpretativa non appare concretamente percorribile¹³⁸.

Occorre a tale proposito evidenziare che il tema dell'abuso dei diritti potestativi di recesso e risoluzione, nel terreno dei rapporti paritari, è da tempo oggetto di studio, con particolare riferimento al presupposto rispetto al rimedio risolutorio, individuato con il codice civile del 1942 nell'inadempimento "di non scarsa importanza"¹³⁹.

In altri termini, sul piano civilistico appare ormai recepito il richiamo in proposito al criterio della buona fede oggettiva, ai sensi degli artt. 1175 e 1373 c.c., al punto da potersi affermare che se anche un inadempimento

risoluzione o al recesso - entrambi qualificati dall'Autore come ad evidenza pubblica - auspica che la giurisdizione sulla legittimità della relativa delibera torni ad identificarsi nel giudice amministrativo.

¹³⁸ Il Catricalà osserva in particolare nel lavoro citato (433) che "il problema sorge in caso di "eccesso di potere" del titolare dell'autotutela privata, di esercizio non *contra legem*, ma ai limiti della legge, in quell'area di confine che la dottrina ritiene rilevante per la qualificazione del comportamento come abuso". Con riferimento all'ordinamento italiano, osserva che "il progetto di codificare la regola nel 1942 fu respinto per la difficoltà non tanto di applicarla ai casi concreti, quanto invece di enunciarla con carattere di generalità nei confronti di diritti, poteri e libertà riconosciuti ai singoli privati detentori delle situazioni soggettive attive". Tuttavia, l'Autore riconosce la non percorribilità, allo stato, di tale tipologia di tutela, considerato il fatto che si tratterebbe, in definitiva, di prevedere "una tutela diversa da quella desumibile dallo scarno tessuto delle norme di rispetto dei principi di salvaguardia e buona fede". Inoltre, aggiunge l'Autore, "resterebbe comunque intangibile l'effetto risolutorio dell'atto di recesso e della determinazione unilaterale di scioglimento del vincolo contrattuale". Sul punto della "intangibilità" dell'effetto risolutorio a seguito della dichiarazione unilaterale di risoluzione da parte dell'amministrazione, si tornerà nel seguito del lavoro.

¹³⁹ Si veda PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 75 e ss, con ampi richiami, ivi compresa la Relazione al Re, n. 661, dove, con riferimento al principio della non scarsa importanza, si afferma che: "nonostante il silenzio del codice del 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica quale criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale; afferma l'Autore che il legislatore del 1942 ritenne di subordinare espressamente la risoluzione al presupposto della "non scarsa importanza" dell'inadempimento all'art. 1455 c.c., allo scopo di evitare che una delle parti potesse maliziosamente sfruttare inosservanze poco significative delle obbligazioni contrattuali e dissimulare, invero, il pentimento verso la stipulazione del contratto.

lieve potesse consentire la risoluzione del contratto, ci troveremmo di fronte ad un tipico esempio di “esercizio immorale del diritto”¹⁴⁰, configurandosi, pertanto, una ipotesi di abuso del diritto¹⁴¹. E’ stata di conseguenza individuata nella norma di cui all’art. 1455 c.c. la disposizione che rappresenterebbe l’attuazione diretta del limite della buona fede, immanente all’intera fase dinamica della vicenda contrattuale; detta norma avrebbe l’effetto di prevenire eventuali situazioni di abuso del diritto che si verificherebbero in sua assenza¹⁴².

Il profilo appena accennato sarà oggetto di maggiore approfondimento nel prosieguo del lavoro. E’ sufficiente al momento rilevare che rispetto alle criticità evidenziate dal Catricalà - con riferimento alla qualificazione giuridica di atti posti in essere dall’amministrazione, nei casi in cui essi costituiscano esercizio di potestà incidenti in ambito negoziale, con specifico riferimento ai “poteri” di recesso e risoluzione nel contratto di appalto pubblico – potrebbero formularsi alcune ipotesi di semplificazione, laddove si accettasse di mutare l’angolazione prospettica del problema.

Infatti, mentre il predetto Autore, il quale aderisce ad una impostazione pubblicistica di tali potestà, indica coerentemente una possibile soluzione nella inclusione della materia nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁴³, al contrario, laddove si ritenesse che tali potestà

¹⁴⁰ Si veda ancora PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 77, il quale approfondisce la motivazione della propria affermazione aggiungendo che la risoluzione del rapporto contrattuale verrebbe altrimenti promossa “non tanto per reagire alla lesione di un proprio interesse, bensì per nuocere all’interesse altrui sottostante al rapporto contrattuale”.

¹⁴¹ Sul tema, estremamente vasto, si rimanda a GENTILI, *Abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 297, SCOGNAMIGLIO, *L’abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, I, 5, nonché a PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 77, con ampi richiami.

¹⁴² Si veda ancora PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 78, nota 92.

¹⁴³ Si vedano anche le argomentazioni di pari adesione alla tesi che auspica che la materia venga inserita nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: BACCARINI – CHINE’ – PROIETTI, *Codice dell’appalto pubblico*, con il coordinamento di Daniele Dongiovanni – Diego Sabatino, Milano, 2015, 1576: gli Autori, premesso che a norma dell’art. 1 della Legge 241/90, modificato dall’art. 1 della Legge n. 15/2005 e

rientrassero nel perimetro dei diritti paritari di tipo negoziale, le problematiche inerenti ai possibili abusi dello strumento risolutorio potrebbero essere regolate attraverso le norme poste dall'ordinamento civilistico a protezione delle finalità equitative, correttamente giudicate immanenti nell'istituto della risoluzione nel suo complesso¹⁴⁴.

Tornando al tema delle criticità derivanti dall'intreccio pubblico – privato nella fase di esecuzione del contratto, è stato ancora osservato che tale fase, prima d'ora poco considerata dal diritto e dalle direttive europee, sembrerebbe aver ricevuto una maggiore attenzione sia da parte della Corte di Giustizia¹⁴⁵, sia per effetto dell'emanazione delle Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, che dedicano alla fase dell'esecuzione l'intero capo quarto.

Ai fini che ci interessano, con riferimento al quadro generale conseguente alla recente emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016 n.50, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2016 ed entrato in vigore lo stesso giorno, autorevole dottrina¹⁴⁶ ha infatti

successivamente dall'art. 7, comma 1, lettera a), della Legge n. 69/2009, l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza; premesso altresì che il comma 1 *bis* aggiunto dall'art. 1 della Legge n. 15/2005 e successivamente modificato dall'art. 7, comma 1, lettera a), della Legge n. 69/2009, la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente; quanto premesso – secondo gli Autori – non impedisce di ritenere che laddove l'amministrazione agisca secondo le norme di diritto privato, come tipicamente avviene nell'ambito dell'esecuzione del contratto, la stessa “operi secondo criteri tipicamente pubblicistici”. Di tale opinione si trarrebbe riprova, secondo i citati Autori, dal successivo comma 1 ter, aggiunto dall'art. 1 della Legge n. 15/2005 e successivamente modificato dall'art. 7, comma 1, lettera a) della Legge n. 69/2009, in base al quale i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1; rilevano pertanto gli Autori che “se i principi di cui al comma 1 devono essere rispettati dai soggetti privati, a maggior ragione lo devono essere da parte della Amministrazioni. Ne dovrebbe conseguire che anche gli atti attinenti all'esecuzione, pur essendo emanati con strumenti di diritto privato (rescissione o risoluzione o esecuzione in danno), sono tuttavia atti che devono rispettare lo statuto pubblicistico degli atti della P.A. e, come tali, sono atti sostanzialmente amministrativi, con la conseguenza che la giurisdizione per esse dovrebbe essere radicata in capo al G.A.”.

¹⁴⁴ Ancora PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 78.

¹⁴⁵ Corte di Giustizia 19 giugno 2008, in C-454/06, Presetex, e 13 aprile 2010, in C-08, Stadt Frankfurt am Main.

¹⁴⁶ DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2016, 503 e ss.

osservato che rispetto al quadro definito dalla Corte costituzionale in relazione al codice previgente¹⁴⁷, le nuove direttive, innovando il precedente sistema, contengono per la prima volta disposizioni di disciplina della fase di esecuzione del contratto, allo scopo di assicurare il rispetto del principio di concorrenza anche in questa fase¹⁴⁸.

Viene nuovamente posto, di conseguenza, il tema della disponibilità o meno (*rectius*: del *quantum* di disponibilità) data alle parti contrattuali nella fase di esecuzione, essendo pacifico che eventuali modificazioni negoziali abusive, effettuate “a valle” della stipulazione, si potrebbero riverberare a ritroso sulle regole dettate per lo svolgimento della fase pubblicistica relativa all’aggiudicazione.

A tale riguardo, l’osservazione secondo cui con il nuovo codice dei contratti pubblici si prefigurerebbe un’estensione del titolo di competenza legislativa statale “tutela della concorrenza” anche nel momento negoziale, rafforzando ulteriormente, in un eventuale giudizio di prevalenza o bilanciamento degli interessi costituzionali, le funzioni legislative statali¹⁴⁹, confermerebbe la necessità di effettuare una rivalutazione complessiva della fase dell’esecuzione del contratto di appalto, anche sotto il profilo del riparto delle giurisdizioni.

Ed infatti, ad ulteriore dimostrazione del fatto che dalla tradizionale ripartizione in due fasi del contratto di appalto pubblico trapelano non poche incertezze applicative, non si può ignorare che nel corso della fase di esecuzione possono emergere problemi irrisolti nel corso della procedura di aggiudicazione, rispetto ai quali si potrebbero porre fondati dubbi in termini di riparto e di effettività della tutela, anche a causa della pluralità e disomogeneità delle posizioni soggettive coinvolte.

¹⁴⁷ Il riferimento dell’Autore è a Corte Costituzionale, sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, commentata da De Nictolis su www.giurcost.org.

¹⁴⁸ Per un’analisi sulle fonti del nuovo codice dei contratti pubblici, si rimanda, con respiro di sintesi, a CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Giornale amministrativo, 4/2016, 436.

¹⁴⁹ DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pag. 516.

Si pensi al caso in cui l'appaltatore tenda abusivamente ad apportare modifiche essenziali al contratto di appalto in sede di esecuzione, modifiche di tale rilevanza da non potersi definire delle semplici varianti, bensì tali da imporre, se correttamente qualificate, di dare avvio ad una nuova procedura di aggiudicazione, con la quale occorrerebbe prevedere nuove condizioni obbligatorie per tutti, previo annullamento o revoca della precedente¹⁵⁰.

In tali casi, qualora il conseguente inadempimento contrattuale dell'appaltatore dovesse essere ritenuto tanto grave da giustificare una delibera di risoluzione unilaterale, potrebbe evidenziarsi la necessità di ammettere spazi di tutela anche a soggetti terzi, estranei rispetto al contratto.

Ad essi potrebbe essere riconosciuta la legittimazione in sede giurisdizionale, ad esempio sotto il profilo del possibile conflitto dell'interesse al subentro da parte del soggetto collocatosi alle spalle dell'aggiudicatario alla gara, rispetto all'interesse del soggetto collocatosi per terzo in graduatoria: con la conseguenza che, come è stato osservato, si avrebbe un'altra criticità derivante dall'incertezza sulla sede giudiziaria competente al relativo giudizio. Potrebbe essere adito il giudice ordinario, tenuto conto del fatto che la vicenda si innesta nella fase di esecuzione; potrebbe altresì essere adito il giudice amministrativo, tenuto conto della natura di atto amministrativo della nuova aggiudicazione, con la quale si riaprirebbe, in qualche modo, la fase di evidenza pubblica¹⁵¹.

In definitiva, occorre riconoscere che in termini generali il settore dei contratti pubblici - in virtù della ontologica ambiguità che lo caratterizza a causa della funzionalizzazione del negozio rispetto all'interesse pubblico¹⁵²

¹⁵⁰ Si pensi al caso di presentazione di offerte non del tutto sostenibili e che, tuttavia, alla verifica di anomalia e le cui imperfezioni si manifestino in tutta la loro rilevanza solamente nella fase di esecuzione: v. SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1261.

¹⁵¹ SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi. Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1262, v. in particolare la nota 29.

¹⁵² Sul punto si veda sopra, capitolo primo, paragrafo 2.

- appare vulnerabile rispetto al possibile esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione, anche nella fase dell'esecuzione del contratto. Situazione che, come abbiamo visto, comporta alcune eccezioni rispetto alla competenza del giudice ordinario nella fase dell'esecuzione dell'appalto, rispetto alle quali il riparto tra le giurisdizioni è stato individuato o mediante la positivizzazione di apposite regole del caso specifico, oppure attraverso l'opera di interpretazione della giurisprudenza, avendo a riferimento la posizione sostanziale coinvolta, mediante il criterio del *petitum* sostanziale.

Di più, occorre tenere conto che in termini generali, nel corso della fase pubblicistica di scelta del contraente, tendente all'aggiudicazione, la stazione appaltante mantiene il potere di emanare, in via di autotutela¹⁵³, atti definiti in senso lato "di ripensamento"¹⁵⁴, i quali possono sotto vari profili incidere sulla successiva fase paritetica¹⁵⁵: come afferma il Consiglio di

¹⁵³ L'argomento è vastissimo e non può essere oggetto di approfondimento in questa sede. Si rimanda a BENVENUTI, Voce *Autotutela* (*Dir. Amm.*), in Enciclopedia del diritto, Milano, IV, 1959, 538; GHETTI, Voce *Autotutela della pubblica amministrazione*, in Dig. It. Disc. Pubbl., Torino, 1987, 81; CORSO, Voce *Autotutela* (*Dir. Amm.*), in S. Cassese (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, I, Milano, 2006, 609; MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in www.astrid-online.it, 2007, 13; GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2015, 599; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1458.

¹⁵⁴ Si veda CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 41.

¹⁵⁵ Esula dal nostro studio l'approfondimento della rilevante tematica del rapporto tra invalidità dell'aggiudicazione e la sorte del contratto. Sul punto, con respiro di sintesi, si rimanda a CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1599 e ss.; CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 219, il quale osserva che soprattutto nel contenzioso sui contratti pubblici, che costituiscono manifestazione della capacità di agire di diritto comune delle organizzazioni pubbliche, la giurisdizione ordinaria subisce una forte limitazione, lasciando ampi spazi alla giurisdizione amministrativa. Aggiunge che, con riferimento alla fase di formazione del contratto, la giurisdizione amministrativa è dovuta al fatto che scopo principale, anche se non unico, della particolare modalità di formazione di tali contratti è quello della tutela dei terzi. Pertanto, in virtù della disciplina, di attuazione comunitaria, di recente introduzione (v. artt. 119 – 125 del codice del processo amministrativo), si è avuta l'attrazione di questo contenzioso nell'ambito della giurisdizione amministrativa, la quale "si estende sino a stabilire la stessa sorte giuridica del contratto, una volta stipulato, e lo stesso assetto degli interessi da questo stabilito". Cerulli Irelli sottolinea la delicatezza di tali problematiche, con riferimento agli effetti che da esse derivano sui contratti già conclusi ed efficaci, eseguiti o comunque in corso di esecuzione.

Stato¹⁵⁶, infatti, l'amministrazione può sospendere, annullare o revocare in sede di autotutela la procedura di gara e l'aggiudicazione se sussiste l'interesse pubblico all'eliminazione degli atti illegittimi o non più rispondenti all'interesse pubblico medesimo, salvo naturalmente il rispetto dei principi di correttezza.

Nello stesso tempo, anche successivamente alla stipulazione del contratto, alla pubblica amministrazione è riconosciuto il potere di provocare in via unilaterale la perdita di efficacia del rapporto negoziale instaurato con soggetti privati. A seconda dei casi, tali dinamiche vengono identificate con ricorso alle categorie più varie: recesso, risoluzione, disdetta, revoca, annullamento¹⁵⁷.

Rispetto al quadro così delineato, sono state individuate¹⁵⁸ alcune delle cause che contribuiscono a determinare le problematiche tipiche della materia.

In primo luogo è stato evidenziato quanto risulti determinante la circostanza che il potere di volta in volta esercitato, venga ricondotto, in via

Occorre rilevare che diversamente dal tema oggetto del nostro studio – che si focalizza su un vizio funzionale del sinallagma - il problema della sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione viene da sempre qualificato come un vizio genetico del contratto ("La legittimità degli atti amministrativi che precedono o seguono i contratti ad evidenza pubblica può riflettersi in vizi del contratto": Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 dicembre 1985, n. 6329), sotto il profilo dell'annullabilità ai sensi dell'art. 1425 c.c. (per essere stato annullato uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà negoziale dell'amministrazione: si veda per tutte Corte di Cassazione, 20 novembre 1985, n. 5712), oppure sotto il profilo della nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., nel caso di incompetenza assoluta dell'organo stipulante (Corte di Cassazione, 9 ottobre 1961, n. 2058). In seguito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con sentenza n. 10443 del 23 aprile 2008) attribuiscono alla giurisdizione ordinaria il potere di dichiarare la nullità o l'inefficacia, originaria o sopravvenuta, del contratto. Infine, con il citato intervento legislativo del 2010, che ha attratto la fattispecie nell'orbita della giurisdizione amministrativa esclusiva, è stata accolta la tesi dell'inefficacia del contratto, pur con la possibilità, sindacabile dallo stesso giudice amministrativo, che il contratto conservi la sua efficacia in presenza delle condizioni previste dall'art. 121, comma 2, c.p.a..

¹⁵⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1203.

¹⁵⁷ CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 41.

¹⁵⁸ CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 41-42.

di interpretazione, ora ad una prerogativa pubblicistica, ora ad un diritto potestativo privatistico.

Ancora, è stata rilevata una carenza definitoria nelle disposizioni interessate: molto spesso il legislatore omette riferimenti specifici ai presupposti di fatto per l’emanazione di tali atti o, in alternativa, ricorre a formule generiche, quali “sopravvenuti motivi di interesse pubblico”, oppure “illegittimità dell’atto amministrativo”, oppure “casi previsti dalla legge o dal contratto”.

Infine, la citata dottrina ha giustamente rilevato che nonostante diverse siano le “modalità attraverso le quali raggiungere il risultato risolutorio”, tuttavia in tutte le ipotesi previste dal legislatore, l’effetto pratico ottenuto appare identico: ovvero “sciogliere la pubblica amministrazione dal vincolo negoziale che aveva assunto”¹⁵⁹.

Ciò detto, nel prossimo paragrafo, allo scopo di preparare l’approfondimento dell’argomento della risoluzione unilaterale del contratto di appalto pubblico, esamineremo il perimetro delle ipotesi di cessazione anticipata del contratto, con riferimento ai soli istituti strutturalmente e funzionalmente collocabili nella fase di esecuzione del contratto stesso.

Non costituirà oggetto diretto del nostro studio, pertanto, dell’istituto dell’annullamento d’ufficio¹⁶⁰, disciplinato dall’art. 21 *nonies*, comma 1, della Legge n. 241/90, come novellato dall’art. 25, comma 1, lett. b) *quater*, del D.L. n. 133/2014 (c.d. Sblocca Italia), convertito con modificazioni dalla Legge n. 164/2014 e da ultimo modificato dall’art. 6 della Legge n.

¹⁵⁹ Lo stesso Cifarelli si riferisce a PIPERATA, *L’autotutela interna e l’autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2015, 77 e ss.

¹⁶⁰ Sull’istituto dell’annullamento d’ufficio si rimanda a CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 512 e ss; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1468 e ss; GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 602; SAITTA, *L’autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e poteri di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. It.*, n. 12/2015, 2748; CIFARELLI, *L’autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 43.

124/2015¹⁶¹, in considerazione del fatto che la nostra analisi non riguarda istituti i quali abbiano a riferimento vizi genetici dell'atto posto in essere dall'amministrazione.

Al contrario, come si vedrà, sarà interessante un esame meramente incidentale dell'istituto della revoca¹⁶², previsto dalla prima parte dell'art. 21 *quinquies* della Legge n. 241/90, nel testo novellato dall'art. 25, comma 1, lett. b) *ter* del D.L. n. 133/2014¹⁶³. Ciò in quanto, come viene ritenuto¹⁶⁴, l'istituto della revoca attiene a vizi del provvedimento non riguardanti il momento genetico dello stesso.

Nella revoca il presupposto di legittimazione dell'istituto viene individuato, in senso lato, in cause sopravvenute¹⁶⁵ o in sopravvenute ragioni di opportunità, con ciò escludendo implicitamente l'ammissibilità dell'esercizio del relativo potere in relazione ad un provvedimento affetto da vizi di legittimità¹⁶⁶.

¹⁶¹ Art. 21 *nonies*, comma 1, Legge n. 241/90: "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 *octies*, esclusi i casi di cui al medesimo art. 21 *octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altri organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

¹⁶² Sull'istituto della revoca si rimanda, con respiro di sintesi, a CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 466 e ss; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1468 e ss; GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 605; SAITTA, *L'autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e poteri di riesame della stazione appaltante*, cit., 2748; CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 43.

¹⁶³ Art. 21 *quinquies*, Legge n. 241/90: "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determinerà l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti".

¹⁶⁴ CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1469.

¹⁶⁵ CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1469

¹⁶⁶ GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 605. L'Autore precisa che le ragioni di opportunità cui si fa riferimento possono riguardare: "la sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, alla luce dei quali non appaia più opportuna la perdurante efficacia

Ed il chiaro riferimento al fatto che l'esplicazione di tale potere pubblicistico rappresenti espressione dello *ius poenitendi* da parte della pubblica amministrazione, non può non indurci a verificare se tale istituto consti di un terreno di applicazione in parte coincidente con la dichiarazione di recesso nel contratto di appalto pubblico.

del provvedimento; il mutamento della situazione di fatto, sottesa al rilascio del provvedimento, tale da giustificare la complessiva revisione della precedente determinazione; la rivalutazione dell'interesse pubblico originario". In tal modo, osserva l'Autore, "il legislatore ha accolto sia l'indirizzo interpretativo che ammetteva la c.d. revoca per *ius poenitendi*, ossia per mutata valutazione soggettiva dell'interesse pubblico, sia la revoca c.d. per sopravvenienza, che ha come presupposto il mutamento delle circostanze di fatto o di diritto che costituivano il sostrato di fatto della decisione amministrativa".

3- Cessazione anticipata del contratto di appalto pubblico

Tenuto conto del campo di indagine del nostro lavoro, circoscritto al tema della risoluzione unilaterale del contratto di appalto pubblico per inadempimento dell'appaltatore, appare utile a questo punto analizzare con maggiore attenzione un secondo gruppo di fattispecie che pongono rilevanti problematiche applicative rispetto alla regola della netta suddivisione in due fasi (come detto: scelta del contraente e stipulazione, da un lato; esecuzione, dall'altro) ai fini del riparto di giurisdizione: ci si riferisce, in particolare, alla disciplina dello scioglimento anticipato del contratto rispetto alla sua estinzione naturale mediante l'esatto adempimento.

Nel tentativo di ordinare la materia¹⁶⁷, la dottrina ha posto in rilievo la complessità del quadro normativo, a causa dell'aggregazione, da un lato, di regole comunitarie e di regole interne riferibili alla contrattualistica pubblica, finalizzate alla sorveglianza ed al controllo degli aspetti della gestione della finanza pubblica e, dall'altro lato, di regole e principi di natura civilistica, dettati dall'ordinamento nazionale, laddove non derogati dalle disposizioni in tema di contratti pubblici¹⁶⁸.

Le difficoltà rispetto alla riconduzione a sistema delle ipotesi di cessazione anticipata del contratto di appalto pubblico¹⁶⁹, derivano, per altro verso, dalla pluralità degli istituti finalizzati a tale scopo ed alla possibile sovrapposizione di alcuni di essi, in tutto o in parte.

¹⁶⁷ COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino 2011, 240 e ss.: l'Autore include nell'espressione volutamente generica di "cessazione anticipata", gli istituti più conosciuti del recesso e della risoluzione, nonché lo scioglimento per mutuo consenso o per fallimento o per impossibilità sopravvenuta dell'appaltante, così come la revoca pubblicistica di cui alla Legge n.241/1990.

¹⁶⁸ CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, II edizione, 2015 Roma, 1476.

¹⁶⁹ COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 240.

Come già rilevato nel capitolo precedente, è stato osservato¹⁷⁰ che nel settore dei contratti pubblici sono senz'altro possibili atti di ripensamento da parte della pubblica amministrazione. Parimenti, abbiamo premesso che il terreno di indagine sarebbe stato depurato dall'analisi degli atti di riesame aventi a presupposto dei vizi genetici riguardanti un precedente atto, assunto dall'amministrazione, costituente presupposto di validità del contratto successivamente stipulato¹⁷¹.

Restringendo, pertanto, il campo agli istituti del recesso, della risoluzione e, per quanto di interesse, della revoca pubblicistica, si rileva che essi rappresentano strutturalmente diverse tipologie di rimedi rispetto a problematiche emerse nel corso dell'esecuzione.

Tuttavia, pur trattandosi di istituti connotati ciascuno da specifiche tipicità, occorre osservare che alcune sopravvenienze o sopravvenute "criticità" nel rapporto contrattuale già perfezionato, potrebbero essere percepite come in tutto o in parte fungibili tra loro, sia quanto all'elemento fattuale (il fatto o il motivo che induce all'estinzione) oppure soltanto quanto all'effetto giuridico (l'estinzione stessa del contratto).

Si tratta di istituti previsti in via sistematica in ambiti normativi e disciplinari diversi (codice civile, codice dei contratti pubblici, legge sul procedimento amministrativo), ma che, tuttavia, nella fase di esecuzione del contratto potrebbero essere astrattamente utilizzati a tutela della stazione appaltante seguendo una logica semplicemente utilitaristica, qualora si ritenesse in senso lato conveniente per la pubblica amministrazione di coniugare il risultato pratico della cessazione anticipata degli effetti del contratto, con un risparmio degli esborsi conseguenti a tale decisione.

¹⁷⁰ CIFAPELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 41

¹⁷¹ Si è già accennato al problema dell'annullamento dell'aggiudicazione del contratto, al quale l'amministrazione può ricorrere "in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse" (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032). Si veda ancora sul punto CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 140.

Situazioni tutt'altro che infrequenti ed atipiche, tenuto conto del fatto che il contratto di appalto pubblico viene costantemente descritto quale forma paradigmatica della commistione e dell'intreccio tra pubblico e privato. Ciò, come già rilevato, a causa della sua natura di contratto sinallagmatico tendenzialmente paritetico, funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico; la cui adeguata tutela richiede un procedimento di formazione e perfezionamento di tipo pubblicistico, al quale segue una fase di esecuzione disciplinata da norme tendenzialmente paritarie, regolata da norme privatistiche, a loro volta contaminate da specifiche e tipiche eccezioni, nelle quali tornano ad evidenziarsi aspetti in senso lato pubblicistici.

In concreto, si potrebbe avere l'apparente contraddizione derivante dal fatto che istituti di diritto privato, istituti previsti dalla legislazione speciale sui contratti pubblici ed istituti di matrice nettamente pubblicistica, potrebbero in astratto coesistere al punto da apparire, addirittura, tra loro in tutto o in parte fungibili: e se i presupposti che ne legittimano il rispettivo impiego sono, in realtà, ontologicamente e funzionalmente diversi, di fatto essi potrebbero astrattamente rappresentare utili strumenti di tutela per la pubblica amministrazione, per raggiungere un obiettivo sostanzialmente identico: la dichiarazione di inefficacia del contratto.

Il tema riveste particolare interesse con riferimento alla disciplina applicabile nel caso concreto, nonché con riferimento all'effettività della tutela, la cui reale disponibilità è connessa con il problema dei limiti posti al sindacato del giudice ordinario, derivanti dal criterio di riparto nel sistema di giurisdizione unica.

In via di applicazione, la possibile sovrapposizione tra istituti civilistici ed istituti propri del codice degli appalti ha posto, sotto un primo profilo, il problema della residualità od invece della alternatività degli istituti civilistici rispetto alle norme del codice dei contratti pubblici.

Parte della dottrina¹⁷² ha ritenuto in proposito che la stazione appaltante avesse sempre la facoltà di optare tra la risoluzione per inadempimento privatistica (art. 1453 e ss. c.c.) e quella pubblicistica (ex art. 136 del codice dei contratti pubblici del 2006); nell'ambito di tale orientamento, la risoluzione prevista dall'art. 340 della Legge sui lavori pubblici era definito un "potere di autotutela": il potere, cioè, di risolvere il contratto con determinazione unilaterale della propria volontà¹⁷³.

E' stato tuttavia osservato¹⁷⁴ che tale soluzione interpretativa avrebbe portato alla conseguenza di una sorta di duplicazione (o anche triplicazione, se si fosse tenuto conto anche dell'autotutela pubblicistica di cui alla legge n. 241/1990) delle principali cause di cessazione anticipata del contratto¹⁷⁵. Tali evenienze, pertanto, avrebbero potuto far propendere per una lettura dell'art. 2, comma 4, del codice dei contratti pubblici del 2006, secondo cui il ricorso al codice civile non avrebbe potuto essere alternativo, ma solo residuale, rispetto alla disciplina speciale del codice dei contratti pubblici, che quindi avrebbe dovuto essere sempre applicata in via principale¹⁷⁶.

¹⁷² CIANFLONE – GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1003:

¹⁷³ Con la precisazione, da parte dei predetti Autori, che il "potere di autotutela" poteva essere esercitato anche in caso di fallimento dell'appaltatore già inadempiente ai suoi obblighi, purché la relativa procedura amministrativa fosse stata iniziata prima del fallimento; indicavano a sostegno: Cass. 6 febbraio 1970, n. 251 e Cass. Sez. Un. 5 novembre 1973 n. 2856. Si osserva che tutto ciò denota la forza unilaterale esorbitante rispetto al sinallagma

¹⁷⁴ COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 241.

¹⁷⁵ COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 241: "Per fare un esempio, nel caso in cui voglia cessare anticipatamente il contratto, la stazione appaltante potrebbe scegliere tra il recesso previsto dal codice civile in materia di appalti (art. 1671 c.c.) ed il recesso previsto dal codice appalti per i lavori pubblici (art. 134 c. appalti), con la conseguenza che potrebbe preferire il primo quando ritenga che il mancato guadagno da corrispondere all'appaltatore sia inferiore al dieci per cento delle opere ancora da realizzare, mentre potrebbe preferire il secondo nel caso contrario".

¹⁷⁶ Così anche CARINGELLA - GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1476-1477, i quali osservano in proposito che la lettera del quarto comma dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006 racchiude, nella sua essenzialità, il comune denominatore pubblico-privato quale elemento caratterizzante della disciplina della responsabilità dell'appaltatore, dinanzi al quale le norme di natura privatistica cedono occasionalmente il passo alle regole dettate dallo stesso d.lgs. n. 163/2006 per rafforzare il reticolato di garanzie finalizzate ad assicurare il corretto adempimento delle prestazioni e la tutela del committente e dei terzi.

Ed anche a voler accedere alla ulteriore tesi che suggeriva, in alternativa, un'interpretazione meno rigida - in considerazione della *ratio* delle singole disposizioni del codice dei contratti pubblici, distinguendo le norme che facoltizzano la stazione appaltante a tenere un certo comportamento, rispetto a quelle che invece lo impongono, per il perseguimento di una particolare finalità¹⁷⁷ - ciò che appariva evidente, già nella vigenza del codice appalti del 2006, era la natura privatistica di tali istituti, nonostante l'attribuzione alla stazione appaltante di un maggior potere a tutela di alcuni interessi pubblici sottesi alla stipulazione, cui il contratto risulta funzionalizzato.

Interessante e foriero di utili evidenze per il nostro studio, appare il secondo profilo evidenziato: si tratta del problema della fungibilità o meno tra strumenti pubblicistici e strumenti negoziali, finalizzati entrambi alla estinzione anticipata degli effetti del contratto di appalto pubblico.

Occorre in proposito rilevare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la Sentenza n. 14 del 20 giugno 2014, ha opportunamente chiarito gli ambiti applicativi degli istituti della revoca pubblicistica, da un lato, e del recesso previsto dalla legislazione speciale del codice dei contratti pubblici, dall'altro lato: con ciò fornendo importanti conferme, quanto alla individuazione degli indici rilevatori sulla natura degli atti adottati nella fase di esecuzione del contratto e, ancor prima, sui poteri di cui tali atti rappresentano esplicazione¹⁷⁸.

Il tema è stato, inoltre, affrontato mediante un'analisi sistematica, fornendo di conseguenza risposte chiare ed univoche, utili ai fini classificatori, così da fornire valide conferme, anche con riferimento agli

¹⁷⁷ COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 241, con riferimento alla disciplina delle varianti, la cui modificazione viene sostanzialmente rimessa alla volontà delle parti nel codice civile, mentre nel codice appalti tale possibilità viene limitata in modo significativo, allo scopo di evitare comportamenti collusivi tra imprenditore e stazione appaltante.

¹⁷⁸ Sul tema della revoca in autotutela e del rapporto con il recesso dal contratto, con analisi della citata sentenza n. 14 del 2014 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si veda CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 48 e ss.

istituti finitimi del recesso e della risoluzione, astrattamente incidenti sullo stesso terreno, soprattutto con riferimento alla legislazione speciale di cui al codice degli appalti, ma avendo necessariamente a riferimento anche la disciplina comune di cui al codice civile.

La questione trattata dall'Adunanza Plenaria ha riguardato, infatti, la legittimità o meno della revoca pubblicistica, se identificata come una sorta di "terza opzione" rispetto al recesso del codice civile ed al recesso del codice degli appalti: il problema si poneva in concreto, in considerazione del fatto che la facoltà di utilizzo di poteri pubblicistici in autotutela era stata riconosciuta in passato alla stazione appaltante anche dopo la stipula del contratto.

La sentenza è stata resa nella vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006, relativamente al quale, stante il tenore letterale del comma 3 dell'art. 2¹⁷⁹, si rendeva necessario individuare quali fossero le "attività amministrative" che potessero essere espletate nella fase di esecuzione del contratto. Ciò allo scopo di differenziare, da un lato, le ipotesi nelle quali il rapporto fosse del tutto paritetico, da quelle in cui, dall'altro lato, la stazione appaltante avrebbe potuto legittimamente esercitare poteri autoritativi.

L'Adunanza plenaria è stata posta dinanzi al seguente quesito: se dovesse ritenersi legittima la revoca dell'aggiudicazione intervenuta successivamente alla stipula del contratto di appalto.

Il fatto dedotto in giudizio era, in sintesi, il seguente: un'associazione temporanea d'impresa (ATI)¹⁸⁰ aveva impugnato dinanzi al Tribunale

¹⁷⁹ Art. 2, comma 3: "Per quanto non espressamente previsto dal presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni".

¹⁸⁰ Sul fenomeno delle associazioni o raggruppamenti temporanei di imprese, relativamente all'analisi degli aspetti organizzativi dell'appaltatore civile, si veda, da ultimo, NERVI, *Le parti del contratto*, L'appalto privato (a cura di V. Cuffaro), in Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno, Torino 2011, 77-79; l'Autore rileva, tra l'altro, la problematicità, anche in termini strutturali rispetto al modello civilistico di appaltatore, del profilo relativo all'assunzione della veste di appaltatore da parte di una "pluralità di soggetti

Amministrativo Regionale del Lazio il provvedimento di un'azienda per la mobilità di un comune, con il quale era stata disposta la revoca in autotutela degli atti della procedura di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori necessari per la realizzazione di un deposito tranviario che era stata aggiudicata alla ricorrente, con conseguente stipulazione del contratto di appalto. L'azienda aveva motivato la revoca sulla base di numerosi motivi di interesse pubblico, avendo dedotto la sostanziale non avvenuta esecuzione dell'appalto, l'aggravio dei costi prospettati dall'appaltatore, nonché sopravvenute esigenze operative. L'ATI aveva di contro contestato alla stazione appaltante l'uso illegittimo del potere di autotutela, in carenza dei presupposti di legge.

Il TAR del Lazio aveva accolto il ricorso, avendo ritenuto che la revoca fosse stata adottata "in assenza del suo essenziale presupposto e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti". Infatti, l'aggiudicazione della gara non poteva rappresentare un provvedimento efficace al momento dell'adozione del provvedimento di secondo grado, in considerazione del fatto che ad essa era ormai seguita la stipulazione del contratto; con la conseguenza che la stazione appaltante, per sciogliersi dal vincolo del contratto, sarebbe dovuta ricorrere all'istituto del recesso, ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici del 2006.

La stazione appaltante aveva proposto appello, sostenendo di avere esercitato legittimamente il potere di revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della Legge n. 241/1990, ritenendo che tale nozione avrebbe potuto ricomprendere anche gli atti ad efficacia istantanea; in via subordinata, l'appellante aveva dedotto che il giudice amministrativo avrebbe dovuto declinare la giurisdizione in favore del giudice ordinario, avendo qualificato la revoca come atto di esercizio di un diritto potestativo di recesso.

(le singole imprese distinte) che uniscono le proprie forze in vista dell'esecuzione dell'opera o dell'esecuzione del servizio che forma oggetto del contratto".

La quinta sezione del Consiglio di Stato, esaminato preliminarmente il presupposto processuale della giurisdizione, concluse per la declinatoria della propria giurisdizione in favore della giurisdizione ordinaria.

Successivamente alla stipula del contratto di appalto, infatti, la pubblica amministrazione non avrebbe potuto vantare alcun potere autoritativo, mantenendo soltanto la facoltà di esercitare un diritto potestativo di recesso. Pertanto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, del codice del processo amministrativo, la sezione rimise all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione relativa al principio di diritto formulato dal primo giudice, secondo il quale il potere di revoca dell'aggiudicazione non avrebbe potuto essere esercitato dall'amministrazione, una volta intervenuta la stipula del contratto.

Come detto, la definizione del quesito, effettuata mediante un approfondimento analitico della questione, risulta rilevante con riferimento alla problematica sottesa al nostro studio, in termini sia sostanziali, quanto alle posizioni soggettive coinvolte, sia processuali e di riparto, con riferimento alle conseguenti forme di tutela.

Con l'ordinanza di rimessione, la quinta sezione, rilevata la complessità normativa e le posizioni giurisprudenziali contrastanti in materia¹⁸¹, aveva posto la questione se il potere attribuito alla pubblica amministrazione dall'art. 21 *quinquies* e dalla Legge n. 311 del 2004, consentisse di incidere

¹⁸¹ La sezione aveva rilevato in primo luogo un elemento di contraddittorietà tra i commi 1 e 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* della Legge 241/1990, in quanto, per il primo la revoca può incidere soltanto su atti "ad efficacia durevole", mentre per il secondo, l'atto revocato può anche essere "ad efficacia istantanea", se incidente su "rapporti negoziali", con un possibile effetto retroattivo, che avvicinerebbe l'istituto a quello dell'annullamento d'ufficio per illegittimità; in questo senso convergendo anche l'art. 1, comma 136, della Legge 30 dicembre 2004 n. 311, per il quale l'annullamento volto a "conseguire risparmi o minori oneri finanziari", regola il caso in cui incida "su rapporti contrattuali o convenzioni con privati"; potere, quest'ultimo, che appare assimilabile allo schema della revoca, sul presupposto della intervenuta rivalutazione della convenienza, rispetto a contratti già stipulati. La sezione, inoltre, aveva richiamato la normativa di cui all'art. 21 *sexies* della Legge 241/1990, la quale consente "il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione ... nei casi previsti dalla legge o dal contratto", secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso, analoga a quella prevista dal codice civile negli articoli 1372 e 1373.

sugli effetti del contratto già stipulato e come ciò potesse eventualmente conciliarsi con il carattere paritetico delle posizioni fondate su di esso.

Era stata sottolineata, peraltro, l'avvenuta generalizzazione dell'istituto del recesso ai sensi dell'art. 21 *sexies* della Legge n. 241/1990, al quale si riteneva essere stata correlata la previsione specifica dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, che, per gli appalti di lavori pubblici, aveva attribuito all'amministrazione "*il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto*". Con la precisazione che, in tal caso, le conseguenze economiche del ripensamento sarebbero risultate più onerose di quanto previsto dal comma 136 dell'art. 1 della Legge n. 311 del 2004, poiché non sarebbero state limitate alla dimensione indennitaria, ma avrebbero compreso il ristoro dei lavori eseguiti e dei materiali utili in cantiere, oltre al decimo delle opere non eseguite.

Il quadro normativo era stato, infine, completato dalla sezione remittente con il richiamo dell'art. 11 della Legge 241/1990, il quale risultava legittimare il potere di recesso della pubblica amministrazione "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*" in caso di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento¹⁸², nonché degli articoli 121 e 122 c.p.a., quanto ai poteri del giudice amministrativo di incidere sul contratto.

¹⁸² Il tema degli accordi tra pubblica amministrazione e privati ai sensi dell'art. 11 della Legge n. 241/90, come modificato dall'art. 1, comma 47, della Legge n. 190/2012, nonostante il rilevante interesse derivante dal dibattito sulla natura privatistica o pubblicistica dell'istituto, con specifico riferimento all'applicabilità o meno, in tale ambito, di alcuni istituti civilistici (su cui si rimanda a POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2014, 725 e ss.) esula dal nostro campo di indagine, in considerazione del fatto che la nostra ricerca riguarda la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore, nello specifico ambito del contratto di appalto pubblico.

Sulla contrapposizione tra le opposte tesi sulla natura pubblicistica o privatistica di tali istituti, si veda ancora GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 656, dove si afferma che gli accordi procedurali o sostitutivi "rimangono interni alla funzione autoritativa svolta dalla Pubblica amministrazione, in quanto presuppongono l'esistenza di un procedimento amministrativo in svolgimento e, quindi, l'esercizio del potere". Si veda ivi la riportata sentenza TAR Umbria, n. 238 del 5 maggio 2014, nella quale si afferma che detti accordi si differenziano dai contratti di diritto comune innanzi tutto per l'inerenza, sotto il profilo dell'oggetto, al contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sua sostituzione. Si veda ivi, ancora, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5000 del 14

Con riferimento, in particolare, al problema della giurisdizione, la sezione remittente aveva rappresentato il contrasto esistente tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione sulla questione della legittimità o meno del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica, dopo la stipulazione del contratto¹⁸³, prospettando l'esigenza di

ottobre 2013, secondo cui gli accordi integrativi del contenuto discrezionale di provvedimento non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico; essi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo attuata attraverso un modulo bilaterale e consensuale, pur rimanendo la potestà esercitata pubblica e, quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'Amministrazione, soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica.

Occorre, infine, sottolineare che nel caso degli accordi amministrativi, tenuto conto del fatto che la materia appare disciplinata dall'art. 7 del codice del processo amministrativo ("Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"), il riparto tra le giurisdizioni è stato oggetto di apposita disposizione legislativa ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n.2, che annovera tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni".

¹⁸³ L'ammissibilità della revoca anche successivamente alla stipulazione era stata dichiarata dalle sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1554 del 2010 e n. 5993 del 2012 e dalla Sez. IV, n. 156 del 2013 (nella quale si richiama anche, con il comma 136 dell'art. 1 della Legge n. 311 del 2004, il comma 9 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, che consente l'intervento in autotutela sugli atti di gara, pur essendo divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva), apparendo parzialmente difforme la sola sentenza della Sez. III, n. 2291 del 2011, poiché la legittimità degli atti di una gara viene ivi affermata in quanto intervenuta prima della stipulazione del contratto.

Dall'altra parte, la Corte di Cassazione aveva da tempo affermato che tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto danno luogo a questioni relative alla sua validità ed efficacia, anche se dovute all'esercizio di poteri pubblicistici in autotutela: ciò in considerazione del fatto che con la stipula del contratto, tra parte pubblica e parte privata si costituisce un rapporto giuridico paritetico, con la conseguenza che le situazioni soggettive ivi sottese risultano qualificate in termini di diritti soggettivi ed obblighi giuridici. Pertanto, secondo la Cassazione, il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità relativamente alla realizzazione dell'opera, si sarebbe dovuta ricondurre all'esercizio del potere contrattuale di recesso, previsto dalla normativa sugli appalti pubblici; qualificata detta manifestazione di volontà come potere contrattuale del committente, qualora la pubblica amministrazione avesse ciononostante emesso un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, si sarebbe configurata una lesione del diritto soggettivo del privato, incidente sul sinallagma funzionale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 10160 del 2003 e n. 29425 del 2008).

riconsiderare l'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa, nel senso di ritenere che, una volta intervenuta la stipulazione del contratto ad evidenza pubblica, l'amministrazione non avesse più la facoltà di esercitare il potere di revoca, dovendo invece utilizzare lo strumento negoziale del recesso.

A sostegno della propria posizione, la sezione aveva osservato che accanto alla norma generale dell'art. 21 *quinquies* della Legge n. 241/1990, si sarebbero potute individuare norme specifiche che conferivano all'amministrazione un potere di revoca per pubblico interesse: solo tale specifica legittimazione avrebbe permesso ad essa di incidere unilateralmente sui contratti stipulati con i privati (come previsto per l'art. 11, comma 4, della Legge n. 241/1990, laddove – si affermava – il potere, pur denominato “recesso”, dovrebbe essere considerato in sostanza una revoca). Da tale osservazione la sezione aveva ritenuto possibile individuare, in via normativa, la categoria dei contratti di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico), la quale, fermo il ricorso alle regole civilistiche per la disciplina generale del rapporto contrattuale tra amministrazione e privati, avrebbe dovuto ritenersi distinta da quella dei contratti di diritto privato, per il mantenimento, nei primi, di una posizione di supremazia dell'amministrazione¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Con la conseguenza che la previsione dell'art. 21 *sexies* della Legge 241/1990, sulla facoltà dell'amministrazione di incidere sul contratto con il recesso, avrebbe dovuto ritenersi riferibile ai contratti in cui essa non fosse stata in posizione di supremazia, cioè ai contratti di diritto privato, in considerazione dell'analogia della norma con quelle di cui agli articoli 1372 e 1373 c.c. e la sua coerenza con i principi di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, della legge 241/1990, per il quale “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”: chiaro, infatti, che altrimenti detta previsione normativa si sarebbe resa del tutto inutile, laddove si fosse ritenuto che l'amministrazione avesse conservato la facoltà di incidere in ogni momento sul contratto mediante la revoca, peraltro più vantaggiosa sotto il profilo economico.

Peraltro la sezione aveva valutato come corretta l'osservazione effettuata dal TAR Lazio, secondo la quale la revoca sarebbe stata invece ammissibile solo nelle concessioni, nelle quali il contratto è accessivo al provvedimento concessorio, e ne dipende direttamente, con conseguente previsione, in tale ambito, della giurisdizione esclusiva amministrativa, tenuto conto che nelle concessioni il modulo consensuale è sempre

Da ciò sarebbe derivato che le previsioni dell'art. 21 *sexies* della Legge n. 241/1990 e dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici del 2006, avrebbero portato a “non riferire i contratti ad evidenza pubblica al contesto dei rapporti negoziali distinti dal potere autoritativo di revoca”¹⁸⁵.

D'altra parte poiché la stessa distinzione tra l'atto di aggiudicazione e la manifestazione del consenso da parte dell'amministrazione, avrebbe dovuto indurre ad escludere che detto consenso potesse essere ritirato unilateralmente mediante un riesame dell'aggiudicazione in autotutela, si era aggiunto che sarebbe risultato del tutto ingiustificato ritenere che l'amministrazione avesse potuto ottenere, attraverso l'uso dei propri poteri di autotutela decisoria, “un risultato in ipotesi superiore rispetto a quello ottenibile dal contraente privato in sede giurisdizionale ai sensi della normativa sull'inefficacia del contratto per l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, di cui agli articoli 121 e 122 c.p.a.”.

In definitiva, secondo la sezione remittente, successivamente alla stipula del contratto il divieto di revoca avrebbe tratto fondamento dal legittimo affidamento posto dall'appaltatore negli impegni reciproci, come consacrati nell'accordo, sulla cui base egli aveva maturato legittime aspettative di profitto ed assunto i conseguenti impegni organizzativi, che l'art. 21 *quinquies* non impone di considerare (a differenza dell'art. 21 *nonies* per l'annullamento d'ufficio) ed il cui ristoro è ivi previsto soltanto con l'indennizzo.

sostitutivo di poteri autoritativi (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 8094 del 2007)

¹⁸⁵ Tesi che, secondo la sezione remittente, sarebbe stata avvalorata dalla scissione tra aggiudicazione e stipulazione del contratto e dalle conseguenze che se ne fanno derivare sia sul piano funzionale (in termini di connotazione pubblicistica della prima fase della selezione della migliore offerta e di connotazione privatistica della successiva fase paritetica), che su quello strutturale (in considerazione dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, secondo il quale “l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (comma 7), essendo previsto poi un termine per stipulare successivamente il contratto, entro il quale l'amministrazione conserverebbe il potere di agire in autotutela (comma 9).

Al contrario, mediante lo strumento del recesso, come previsto per i contratti di diritto privato, l'amministrazione risulterebbe obbligata ad una più adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte¹⁸⁶.

In sostanziale accoglimento di tali deduzioni, l'Adunanza Plenaria ha enunciato il principio di diritto secondo cui "Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006".

Le argomentazioni proposte dal supremo consesso delineano con chiarezza le posizioni sostanziali dedotte in giudizio e le conseguenze che da tali premesse derivano in punto di riparto tra le giurisdizioni.

Occorre osservare che la posizione dell'Adunanza Plenaria, che peraltro accoglie quella già in precedenza tracciata dalla Corte di Cassazione, non risulta innovativa quanto all'uso del criterio della ripartizione in fasi del contratto di appalto pubblico: ciò che appare del tutto condivisibile ed opportuno è stato, invece, il riconoscimento delle criticità connesse alla individuazione, in capo alla pubblica amministrazione, di poteri pubblicistici in autotutela che incidessero in via unilaterale sul negozio originato dalla stipulazione del contratto.

Il ragionamento è chiarissimo: solo con la stipulazione del contratto l'amministrazione "si impegna definitivamente" in termini negoziali e sinallagmatici, in quanto prima di quel momento, l'aggiudicazione definitiva, pur divenuta efficace, vale solo quale offerta irrevocabile dell'aggiudicatario (ai sensi dell'art. 11, comma 7 del codice dei contratti

¹⁸⁶ Quanto all'interesse pubblico, del quale l'amministrazione è sempre portatrice, la sezione aveva precisato che ad esso appariva comunque strumentale il diritto di recesso di cui all'art. 134 codice dei contratti pubblici, potendo l'amministrazione valorizzare, ai fini del recesso, circostanze che avrebbero potuto portare alla revoca, con la semplificazione conseguente all'utilizzo di uno strumento paritetico, ovvero senza necessità di assicurare il contraddittorio procedimentale, né di esternare compiutamente le motivazioni sottostanti alla scelta, avendo come conseguenza il maggiore onere economico.

del 2006); di conseguenza “L’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti” (artt. 11, comma 9) è consentito all’amministrazione soltanto prima e non dopo la stipulazione.

Ecco, pertanto, che con specifico riferimento agli istituti volti alla privazione di effetti del contratto di appalto pubblico prima della naturale conclusione dell’esecuzione (esatto adempimento), al fine della risoluzione delle problematiche connesse sia alla menzionata pluralità di livelli di formazione, sia all’astratta fungibilità degli istituti, l’Adunanza Plenaria ha indicato i principi volti ad evitare la sovrapposizione degli istituti della revoca pubblicistica e del recesso.

Ed il problema, seppure risolto come detto quanto ai rapporti tra revoca e recesso, necessita di ulteriori approfondimenti con particolare riferimento alla dichiarazione unilaterale di rescissione, tenuto conto che anche secondo il supremo consesso amministrativo la posizione di parità delle parti nella c.d. fase privatistica viene ritenuta non piena, ma soltanto “tendenziale”¹⁸⁷, nel senso che si ha riferimento ad un rapporto paritetico, retto da norme civilistiche¹⁸⁸, le quali possono subire alcune deroghe, giustificate dalla presenza del fine primario dell’interesse pubblico e legittimate da norme speciali, definite di autotutela privatistica¹⁸⁹.

Secondo la Plenaria, infatti, le norme collocate nella Parte II, Titolo III del codice dei contratti pubblici del 2006 (Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici), relative alla disciplina del recesso e della risoluzione del contratto, sono caratterizzate dai citati “tratti di specialità” aventi funzione derogatoria: in particolare, quanto al recesso, apparirebbe evidente la specialità dell’art. 134 del codice dei contratti pubblici, rispetto alla generale previsione codicistica di cui all’art. 1373 c.c.

¹⁸⁷ Il riferimento è a Corte Costituzionale, sent. 11-2-2011 n. 43 e sent. 18-2-2011 n. 53.

¹⁸⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sent. 11-1-2011, n. 391; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 450 del 2009.

¹⁸⁹ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 29-1-2014.

ed al richiamo dell'istituto nella legge sul procedimento amministrativo all'art. 21 *sexies*¹⁹⁰.

In definitiva, nel corso della fase di esecuzione del contratto, i casi di deroga rispetto alla disciplina privatistica necessitano, in quanto eccezioni rispetto alla regola della pariteticità, di specifiche norme che le prevedano: nella specie, l'insussistenza, in tale fase, del potere di revoca in capo all'amministrazione, deriva dalla specialità della previsione del recesso di cui all'art. 134 del codice dei contratti pubblici del 2006, che ne preclude l'esercizio.

Di particolare interesse, ai nostri fini, è che la Plenaria individua sia rispetto alla revoca pubblicistica, che rispetto al recesso, il medesimo presupposto: “la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze”¹⁹¹ e gli stessi effetti giuridici: “cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale”.

Corollario rispetto a tale affermazione è che – secondo la Plenaria – diversamente opinando rispetto a quanto dalla stessa affermato con la citata sentenza, la norma sul recesso risulterebbe sostanzialmente inutile, mentre l'eventuale ammissibilità della revoca pubblicistica successivamente alla stipulazione risulterebbe inconciliabile con la sinallagmaticità del rapporto, stante la conservazione in favore dell'amministrazione di una ingiustificata posizione privilegiata¹⁹².

¹⁹⁰ La Plenaria sottolinea, infatti, la diversa disciplina dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, rispetto all'art. 1671 c.c., “quanto alla previsione del preavviso dell'appaltatore e, quanto agli oneri, per la previsione della forfetizzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al “valore dei materiali utili esistenti in cantiere”, mentre per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero (“il mancato guadagno”) e per il danno emergente, vanno rimborsate tutte le spese sostenute”.

¹⁹¹ “il medesimo presupposto è alla base del recesso, in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (Cass. n. 391 del 2011 cit. ; Consiglio di Stato Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455)”.

¹⁹² Fermo restando, come rilevato dalla sezione remittente, che la maggiore onerosità del recesso risulterebbe pur sempre bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale.

Infine, la delimitazione del nostro campo di indagine viene ulteriormente chiarito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria con riferimento ai rapporti tra il recesso di cui all'art. 134 del codice degli appalti pubblici del 2006 e l'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, della legge n. 241 del 1990: nel senso che nell'ambito di applicazione di quest'ultima norma resta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici¹⁹³.

La sentenza n. 14 del 2014 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha fornito importanti spunti per un'analisi approfondita sul tema oggetto della nostra indagine. La natura dell'istituto della rescissione del contratto di appalto pubblico, risalente alla fine del 1800, potrà infatti essere contestualizzata avendo come riferimento anche i principi contenuti nella citata sentenza, nel mutato contesto normativo, rappresentato dal nuovo codice dei contratti pubblici.

Di più, l'analisi argomentativa offerta dal supremo consesso di giustizia amministrativa, resasi necessaria allo scopo di dirimere preesistenti contrasti interpretativi tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato, conferma l'attualità di alcuni problemi di fondo, non ancora compiutamente risolti, tenuto conto che - come si è potuto vedere - la pur utile e funzionale suddivisione in fasi del contratto di appalto, non può risolvere in via definitiva, in punto di giurisdizione e di pienezza di tutela, le criticità che derivano dalla natura ontologicamente complessa del contratto di appalto pubblico.

Occorrerà pertanto prestare nuova attenzione verso la tematica riguardante la natura dell'atto di risoluzione unilaterale della stazione appaltante, se pubblicistica o negoziale, con specifico approfondimento del problema del tipo di sindacato esercitabile da parte del giudice ordinario.

¹⁹³ "Restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione".

In particolare, nel caso in cui risulti provata in giudizio la illegittimità della dichiarazione unilaterale risolutoria, il problema è se il giudice ordinario possa fornire all'appaltatore adempiente una tutela effettiva, che disponga, se necessario, la conservazione del contratto, eventualmente anche in sede cautelare.

Capitolo Terzo

La dichiarazione unilaterale di risoluzione della stazione appaltante

1- Premessa metodologica

Dalla lettura di alcuni contributi dottrinari risalenti ai primi del 1900, si comprende che il tema della natura giuridica della dichiarazione unilaterale di rescissione prevista dall'art. 340 della legge sulle opere pubbliche del 1865¹⁹⁴ risultava connesso, ancora più a monte, alla questione della natura giuridica dell'appalto di opere pubbliche¹⁹⁵.

Gli autori che offrono il proprio contributo in materia, se anche favorevoli alla tesi contrattualistica¹⁹⁶ - peraltro già prevalente all'epoca, sia in dottrina che in giurisprudenza – si trovavano comunque a dover argomentare diffusamente la propria posizione, riconoscendo all'appalto pubblico quantomeno una “speciale fisionomia”.

¹⁹⁴ Il testo della norma di cui all'art. 340 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, era il seguente: “L'Amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate.

In questi casi l'appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all'Amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d'ufficio”.

(Articolo abrogato dall'art. 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la decorrenza indicata nell'art. 257 dello stesso decreto).

¹⁹⁵ Si veda DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di LL.PP.*, in *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia – La Giustizia Amministrativa*, Parte Prima, Roma 1936, 496.

¹⁹⁶ Per la tesi contrattualistica si vedano: GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze 1913, II, 1899, 36; BORSI, *Le funzioni del Comune*, nel *Trattato dell'Orlando*, Vol. II, parte II, 143; ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1937, 633; CAMMEO, *I contratti della P.A.*, Firenze 1937, 51; VACCHELLI, *Diritti ed interessi negli appalti per l'esecuzione di OO.PP.*, in *Dir. Pubbl. Appalto*, 1918 1 e ss.; DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di LL.PP.*, cit., 496.

Alcuni autori, ad esempio, ritennero di motivare il superamento delle tesi pubblicistiche¹⁹⁷ - secondo le quali sarebbe risultato inconcepibile “l’esistenza di un vero contratto tra appaltante ed appaltatore”¹⁹⁸ - qualificando l’appalto di opere pubbliche come una fattispecie riconducibile al contratto per adesione, schema negoziale all’epoca già sufficientemente delineato, quanto al profilo della predisposizione da parte di uno dei contraenti di una serie di clausole e condizioni, giustificate da esigenze pratiche o da usi negoziali consolidati.

Si può osservare che la necessità di ricorrere a modalità di formazione dell’accordo del contratto difforni rispetto allo schema classico della proposta e dell’accettazione, rivelava il disagio di conciliare la previsione di prerogative eccedenti il diritto comune, in ambito negoziale.

Quanto, in particolare, alla fase di esecuzione del contratto, la criticità che richiedeva un’attenta riflessione era rappresentata proprio dal potere dell’amministrazione di rescindere unilateralmente il contratto ai sensi dell’art. 340 della citata legge. Parimenti esorbitante rispetto al diritto comune, appariva inoltre la previsione del conseguente potere

¹⁹⁷ Per i sostenitori della natura pubblicistica del contratto di appalto pubblico, il problema della natura della dichiarazione unilaterale di risoluzione non si poneva, in quanto questa ultima, quale deliberazione provvedimento emanata da un’amministrazione dotata di poteri di autorità o d’imperio, aveva l’effetto di incidere su una posizione di mero interesse dell’appaltatore o, al più, di far degradare ad interesse il corrispondente diritto dell’appaltatore. Detta corrente dottrina era rappresentata in particolare da O. MAYER, sulla cui opera *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts* si veda: RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell’attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 40, nonché CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l’exceptio inadimplenti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, cit., 558; in Italia, si veda RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l’esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell’Amministrazione*, in Foro amm. 1932, II, 185.

¹⁹⁸ RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l’esecuzione di OO.PP. e sulla proponibilità di azione giudiziaria per l’inadempimento dell’amministrazione*, cit., 185: l’Autore motivava tale affermazione a causa dell’assoluta diversità e disparità delle volontà efficienti nel realizzare il negozio giuridico dell’appalto; con la conseguenza che quando l’amministrazione avesse manifestato una “volontà amministrativa”, caratterizzata da una “naturale preminenza” rispetto al privato, non si sarebbe potuto avere un contratto, ma “due negozi giuridici unilaterali, uno dell’amministrazione, atto amministrativo con tutti i requisiti che di questo sono propri, l’altro del privato, che si sottopone alla volontà dell’amministrazione e si obbliga a determinate prestazioni”.

dell'amministrazione, ai sensi del successivo art. 341¹⁹⁹, di fare eseguire d'ufficio in tutto o in parte le opere previste in contratto, dopo avere semplicemente esperito una formale ingiunzione.

Secondo alcuni autori, il giudizio positivo di compatibilità di tali poteri, all'interno di un rapporto negoziale sinallagmatico, traeva giustificazione dalla presenza di una norma che attribuiva all'amministrazione dei particolari mezzi per far valere i suoi diritti²⁰⁰: secondo tale impostazione, il rapporto, pur con la previsione dei poteri autoritativi tipizzati dalla norma, sarebbe stato comunque connotato dalla pariteticità delle posizioni. L'unica conseguenza derivante dall'uso di tale potere di supremazia – consistente, si diceva, nel mero effetto processuale di rendere l'amministrazione convenuta, anziché attrice in giudizio – non avrebbe inciso sulla natura negoziale del contratto.

Quanto poi al potere dell'amministrazione di dare esecuzione alla propria manifestazione di volontà unilaterale di rescissione mediante l'esecuzione d'ufficio delle opere non eseguite - indipendentemente da un provvedimento giurisdizionale che vagliasse la legittimità della rescissione operata a monte - si riteneva che anche tale previsione normativa non incidesse sulla natura privatistica del rapporto: a tal fine si argomentava indicando la previsione, anche nel diritto privato comune, di alcune forme di autotutela dei diritti del creditore²⁰¹.

¹⁹⁹ Il testo dell'art. 341 della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, era il seguente: "Nel caso in cui per negligenza dell'appaltatore il progresso del lavoro non fosse tale, a giudizio dell'ingegnere direttore, da assicurare il compimento nel tempo prefisso nel contratto, l'Amministrazione, dopo una formale ingiunzione data senza effetto, sarà in diritto di far eseguire tutte le opere, o parte soltanto delle medesime, d'ufficio, in economia, o per cottimi, a maggiori spese dell'impresa o sua sicurezza". (Articolo abrogato dall'art. 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la decorrenza indicata nell'art. 257 dello stesso decreto).

²⁰⁰ DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di LL. PP.*, cit., 503.

²⁰¹ "Azione surrogatoria, separazione del patrimonio del defunto, rivalsa, compera per autorità del compratore, diritto di ritenzione", nonché "casi di vendita per autorità del venditore (art. 458, 363, 471, 68, 413, 168 cod. comm.)"; in particolare, l'art. 68 del codice del commercio prevedeva che nel caso della vendita commerciale, potesse addivenirsi alla vendita in base alla mora *accipiendi* accertata dal solo venditore, in assenza, quindi, di

Tuttavia, che tali soluzioni non pervenissero a risultati appaganti ed univoci doveva apparire chiaro anche agli autori del tempo, i quali, considerata la peculiare natura del potere di risoluzione unilaterale, osservavano che “l’intervento della P.A. in un rapporto di diritto privato implica sempre delle modificazioni e delle deroghe”²⁰².

Si rilevava, ancora, che “mai la P.A. pone in essere un rapporto che sia meramente di diritto privato, perché le norme che appaiono come deroghe alle norme del diritto privato comune, trovano la loro ragione d’essere nel diritto pubblico; e tali deroghe, in maggiore o minore misura, si riscontrano sempre”²⁰³.

Di più, quanto alla collocazione sistematica dell’istituto previsto dall’art. 340, si aggiunga che, come è stato osservato²⁰⁴, all’epoca dell’entrata in vigore della citata Legge sui lavori pubblici i tratti distintivi degli istituti della rescissione e della risoluzione non risultavano ancora ben delineati neppure nel coevo codice civile del 1865²⁰⁵.

Ed ancora, non appariva chiara la sostanziale differenza tra rescissione, risoluzione e recesso, come si può rilevare da uno scritto redatto da uno dei più attenti autori dell’epoca rispetto alla dinamica degli appalti di opere pubbliche, il quale nell’affermare che la legge del 20 marzo 1865 sui lavori

alcun intervento da parte degli organi giurisdizionali: DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell’appalto di LL. PP.*, cit., 505.

²⁰² DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell’appalto di LL. PP.*, cit., 511.

²⁰³ FORTI, *Contributi alla teorica della responsabilità*, in *Studi e questioni di diritto*, 189.

²⁰⁴ GIAMPAOLINO, *La risoluzione del contratto*, Trattato sui contratti pubblici, I settori speciali, L’esecuzione, diretto da Maria Alessandra Sandulli, Roberta De Nictolis, Roberto Garofoli – Milano 2008, V, 3669, nota 1; PIAZZA, *Rescissione di ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche. Problemi di tutela giurisdizionale dell’appaltatore*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 1987, 719; CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell’amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto nell’appalto di opere pubbliche*, in *Foro Amministrativo*, 2000, 297.

²⁰⁵ “La legge del 1865 usa il termine “rescissione” intendendo riferirsi a fenomeno analogo a quello della risoluzione, che il codice civile vigente prefigura quale possibile conseguenza dell’inadempimento di una delle parti nel contratto a prestazioni corrispettive (art. 1453 e ss. c.c.), distinguendola nettamente dalla rescissione del contratto (art. 1447 ss.)” PIAZZA, *Rescissione di ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche. Problemi di tutela giurisdizionale dell’appaltatore*, cit., 719.

pubblici prevedeva due casi di risoluzione del contratto di appalto di lavori pubblici, con specifico riferimento agli articoli 340 e 345, unificava gli istituti della rescissione e del recesso, denominandoli entrambi risoluzione²⁰⁶. Nel contempo egli distingueva nettamente la natura dei due istituti, ritenendola privatistica quanto al primo, pubblicistica quanto al secondo.

²⁰⁶ VACCHELLI, *Sulla illegittimità e invalidità degli atti amministrativi per omissione di forme*, in *Foro Italiano*, 1906, I, 427 (nota a sentenza Tribunale di Roma, 15-12-1902): l'Autore afferma che "Due sono, come è noto, i casi di risoluzione di un contratto di lavori pubblici: quello contemplato dall'art. 340 L. 20 marzo 1865 sui lavori pubblici e quello contemplato dall'art. 345 della stessa legge". Con riferimento all'art. 340, il Vacchelli afferma essere l'amministrazione investita della "speciale facoltà di dichiarare risolto il contratto di appalto per colpa grave o per dopo dell'appaltatore, senza provocare, come dovrebbe normalmente avvenire, la pronunzia del giudice, che solo sarebbe competente a dichiarare rescisso un contratto".

Evidente, appare, pertanto, nella concezione dell'epoca, la fungibilità dei termini rescissione e risoluzione. Tuttavia, la "speciale facoltà" di dichiarare risolto il contratto viene esercitata comunque da parte dell'amministrazione, secondo l'Autore, all'interno di un rapporto che mantiene una connotazione privatistica: che l'atto unilaterale di rescissione venga qualificato "atto d'imperio" o "atto di gestione", poco importa: resta il fatto che tale "diritto singolare" viene esercitato a causa di un grave inadempimento dell'appaltatore, con la conseguenza che la pur rilevabile "eccezionalità" della facoltà, non consente di attribuire a tale potere il carattere di atto di imperio, "che dentro codesto ordine di rapporti non avrebbe senso alcuno".

Diversa appare la collocazione sistematica proposta dal Vacchelli con riferimento al recesso di cui all'art. 345, come detto, da lui definito il secondo caso di risoluzione dell'appalto di opera pubblica: "Completamente diversa è la facoltà che spetta alla pubblica Amministrazione di risolvere un contratto di appalto ai termini dell'art. 345. A prima vista codesta facoltà sembra corrispondere a quella di diritto privato, che qualunque committente ha di risolvere un contratto di appalto e che è contemplata dall'art. 1641 cod. civ.". Tuttavia, l'Autore individua nella causa di tale istituto una connotazione pubblicistica, in considerazione del fatto che tale potere dell'amministrazione viene giustificato dall'interesse pubblico ("pubblico servizio") sotteso alla costruzione di un'opera pubblica, non paragonabile alla "semplice utilità privata" che potrebbe essere portata a giustificazione del recesso del privato committente ai sensi dell'art. 1641 del codice civile del 1865: "Può avvenire per il volgere degli eventi che l'opera, prima stimata necessaria, venga poi ritenuta inutile o debba sospendersi": in questi casi, a differenza del recesso privatistico, stante la prevalenza dell'interesse pubblico, espressa mediante un provvedimento che esprime un potere pubblicistico, "non vi è diritto, rimane un interesse, il quale senza dubbio può essere base per un ricorso in sede amministrativa".

La cosa si spiega probabilmente, almeno in parte, per il fatto che l'istituto del recesso fu introdotto nell'ordinamento civilistico italiano solo con il codice civile del 1942²⁰⁷.

In quel contesto, uno tra i pochi esempi di atto negoziale assimilabile all'attuale istituto del recesso era previsto all'art. 1641 del codice del 1865²⁰⁸ e riguardava il contratto di locazione di opere: non ancora il contratto di appalto, tenuto conto che anche quest'ultimo istituto venne tipizzato solo con il codice del 1942, essendo in precedenza collocato nello schema plurimo della *locatio conductio*, nel Capo III del Libro III, dedicato alla "locazione delle opere".

Tuttavia, come detto, il citato Autore differenziava la "risoluzione" di cui all'art. 345 rispetto alla "risoluzione" di cui all'art. 340 per la connotazione pubblicistica della prima, identificando con la revoca pubblicistica l'istituto che in seguito sarebbe stato qualificato come recesso, secondo i tratti distintivi di cui agli artt. 1373 e 1671 del codice civile del 1942, quest'ultimo con specifico riferimento al contratto di appalto.

Potremmo in definitiva affermare che qualora si intendesse tentare di individuare la natura della dichiarazione unilaterale di rescissione al momento in cui gli istituti previsti dagli articoli 340 e 345 della legge sui

²⁰⁷ Si veda ROSELLI, *Disciplina del contratto e regime del recesso. Le possibili fattispecie e le figure contigue*, in www.ambientediritto.it

²⁰⁸ Art. 1641 Cod. civ. del 1865: "Il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa".

Per altra previsione assimilabile all'attuale recesso, nel codice del 1865, si veda la "rivocazione" del mandato o la rinuncia del mandatario (artt. 1757 – 1761).

Si noti, ancora, che nel codice civile del 1865 la "condizione risolutiva" prevista per il caso di inadempimento contrattuale era prevista all'articolo 1165 ("La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi"), corrispondente alla attuale risoluzione per inadempimento, ed operava soltanto attraverso una pronuncia giudiziale: si veda in proposito la fondamentale monografia di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Studi di diritto privato diretti da Giuseppe Messina, Milano 1942, Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane.

lavori pubblici del 1865 ne delinearono la disciplina, la distinzione offerta dal Vacchelli nel 1902 può rappresentare un significativo riferimento, quanto meno allo scopo di chiarire che il *nomen* degli istituti coinvolti, come rilevabili dalle norme citate, non fornisce un ausilio determinante.

Sarà allora più utile spostare il piano dell'indagine sulla qualificazione, se pubblicistica o privatistica, che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto di individuare rispetto al potere di scioglimento unilaterale del contratto, esercitato dalla pubblica amministrazione a partire dagli istituti previsti dagli articoli 340 e 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. F, e quale impatto tali qualificazioni hanno avuto sul sistema di riparto delle giurisdizioni.

Potremo successivamente verificare se ed in quale modo le importanti modificazioni normative che hanno interessato la materia degli appalti pubblici fino ad oggi hanno inciso sulla specifica materia oggetto del nostro studio, con particolare riferimento alla effettività della tutela delle posizioni soggettive coinvolte.

2- Lo scioglimento del contratto di appalto pubblico per recesso della stazione appaltante.

a) *Natura della dichiarazione di recesso, dalla Legge n. 2248/1863 all. F, al Codice dei contratti pubblici del 2016. Effetti sul riparto di giurisdizione.*

L'art. 345 della legge n. 2248/1865, all. F, prevedeva che l'amministrazione avesse la facoltà di "risolvere in qualunque momento il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite". Poiché, come detto, l'istituto del recesso fu introdotto nell'ordinamento civilistico mediante specifica previsione solo con il codice civile del 1942, possiamo comprendere le difficoltà di collocazione in via sistematica della dichiarazione unilaterale di cui all'art. 345.

Si è detto che ai primi del '900 si riteneva che gli articoli 340 e 345 della legge sulle opere pubbliche disciplinassero due ipotesi espressive del potere dell'amministrazione di incidere unilateralmente sull'efficacia del contratto²⁰⁹.

²⁰⁹ Altro aspetto rilevante, connesso e nel contempo significativo delle difficoltà di inquadramento sistematico della vicenda risolutiva del contratto di appalto pubblico, si individua nel dibattito dottrinario teso a riconoscere il paritetico diritto dell'appaltatore a chiedere giudizialmente la risoluzione del contratto, utilizzando l'istituto civilistico previsto dall'art. 1165 del codice civile del 1865 ("La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfa la sua obbligazione"); osservava in proposito CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inadempti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, cit., 591: "Ora se la risolutiva tacita poggia *ope legis* sulla volontà presunta dei contraenti, conciliando, per quanto sia impossibile, il diritto con l'equità, che devono imperare ugualmente per tutte e due le parti contraenti, salvo che la legge non faccia espressa eccezione, non si concepisce che questa presunta volontà, interpretata equamente dalla legge, questo omaggio reso al diritto e all'equità, stiano soltanto a favore di uno dei contraenti e non pure a favore dell'altro, mentre gli obblighi sono reciproci". Prosegue l'Autore: "Non si concepisce, né potrebbe spiegarsi la reciprocità degli obblighi con la disuguaglianza dei diritti. Nessuno può dubitare che l'Ente, oltre alla risoluzione d'ufficio, abbia diritto di convenire in giudizio l'appaltatore inadempiente, per far risolvere il contratto. Ora non si comprende come mai possa negarsi questo diritto all'altro contraente pel riconoscimento del proprio diritto leso dall'altra parte mediante l'inadempienza, diritto che dipende da quella stessa legge sul cui

Si è anche rilevato che il *nomen* attribuito di volta in volta a tale potere non fosse in realtà determinante, quantomeno univocamente, ai fini della individuazione dei presupposti di legge e della disciplina applicativa degli istituti in concreto coinvolti²¹⁰.

Occorre aggiungere che il potere dell'amministrazione di incidere unilateralmente sugli effetti del contratto di appalto, generalmente ricompreso dalla dottrina dell'epoca nell'istituto della revoca, non appariva ben delineato nei suoi presupposti, anche se la natura esorbitante di esso rispetto al diritto privato risultava un'interpretazione acquisita, sia in dottrina che in giurisprudenza²¹¹.

La giurisprudenza di legittimità dei primi del novecento²¹² sembra apparisse in linea con i citati orientamenti dottrinari, nell'unificare in via sistematica le due ipotesi di rescissione, con riferimento all'individuazione della facoltà concessa all'amministrazione di "risolvere il contratto in qualunque tempo per le ragioni che crederà" (art. 345), nonché della facoltà di risolverlo quando l'appaltatore si fosse reso colpevole di frode o di grave negligenza ed avesse violato gli obblighi e le condizioni stipulate (art. 340 ed art. 26 e 27 del Regolamento 25 maggio 1895 n. 350).

Si rilevava, tuttavia, in ambito applicativo, una importante distinzione da parte della giurisprudenza di merito²¹³, che dimostra sussistesse la consapevolezza, da parte dei giudici, dell'esigenza primaria della

fondamento hanno tutti e due contrattato e dipendono dall'unico titolo da cui egualmente ciascuno attinge i propri diritti ed obblighi. Se così non fosse, ritorneremmo a quel contenzioso amministrativo che la legge volle abolito".

²¹⁰ Si veda, ancora, CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inadempti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, cit., 572, il quale afferma che gli articoli 340 e 345 della legge sui lavori pubblici stabiliscono le condizioni per due tipi di rescissione: "a) risoluzione per inadempimento (frode, negligenza, contravvenzione agli obblighi ed alle condizioni stipulate); b) rescissione per opportunità e convenienza". Secondo l'Autore, queste disposizioni, che egli definiva espressione di un "*potere autonomo di revoca*", creavano, in materia di appalti, un diritto singolare in favore dell'amministrazione, con conseguente deroga rispetto all'applicazione del diritto privato.

²¹¹ CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inadempti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, cit., 573.

²¹² Cass. Roma, sent. 14 novembre, 21 dicembre 1911, in Foro It., 150.

²¹³ Tribunale di Roma, sent. 15 dicembre 1902, in Foro It., 427.

individuazione delle posizioni tutelabili di fronte all'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

In tale contesto, appare decisivo il significativo riferimento effettuato dal Tribunale di Roma ai limiti posti dalle costituzioni moderne all'azione della pubblica amministrazione. Tale premessa aveva suggerito a quel giudice di operare una distinzione, al fine dell'individuazione della posizione tutelabile dal giudice ordinario in occasione del sindacato sull'atto rescissorio.

Il Tribunale individuò, da un lato, norme (o forme) “dirette al solo scopo di garantire il retto esplicamento dell'azione amministrativa”, aventi natura di norme interne regolatrici di tale azione; dall'altro lato, norme (o forme), le quali “pur avendo anch'esse lo scopo suaccennato, sono principalmente rivolte al fine di tutelare l'interesse di un cittadino e garantirlo contro l'abuso che gli organi delle pubbliche amministrazioni possono compiere dei poteri loro affidati”.

Secondo il Tribunale di Roma, solo l'inosservanza del secondo tipo di norma avrebbe potuto causare la violazione di un “diritto subiettivo”, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, “al fine che questi, pur senza revocare ed annullare l'atto amministrativo, giudichino degli effetti della sua legittimità od illegittimità”²¹⁴.

Nella citata sentenza è chiaro il riferimento al vincolo derivante dai criteri interpretativi conseguenti all'emanazione della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, con specifico riferimento all'art. 4²¹⁵ ed ai consistenti limiti che dall'interpretazione di tale disposizione erano stati posti rispetto al sindacato del giudice ordinario.

²¹⁴ Tribunale di Roma, sent. 15 dicembre 1902, in Foro It., 435.

²¹⁵ Art. 4 - Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sopra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.

E poiché, come rilevato da autorevole dottrina²¹⁶, l'interpretazione restrittiva quanto ai poteri del giudice di revocare o modificare l'atto amministrativo, si appoggiava alla volontà di costituire all'amministrazione una condizione di privilegio nel processo civile - allo scopo di salvaguardarne il più possibile l'azione dall'ingerenza del giudice²¹⁷ - ecco che in materia di poteri attribuiti unilateralmente all'amministrazione di incidere sugli effetti del contratto di appalto pubblico, diventava centrale il tema dell'individuazione della natura, se privatistica od invece pubblicistica, dei provvedimenti che scaturivano dall'esercizio di tali posizioni di *ius singulare*, allo scopo di ritenerne consentita o meno la sindacabilità da parte del giudice ordinario.

Si è detto che prima che il codice civile del 1942 delineasse l'istituto generale del recesso, la fattispecie di cui all'art. 345 era stata qualificata come espressione del potere di "revoca o rescissione" nascente in capo alla pubblica amministrazione, in funzione della causa connotata dall'interesse pubblico, tipica del contratto di appalto. Il tratto distintivo rispetto alla "revoca per inadempimento" veniva indicato in un puro motivo di convenienza, che la dottrina affermava essere insindacabile da parte del giudice.

²¹⁶ Il tema è amplissimo e non potrà essere trattato diffusamente, Ci si consenta, con respiro di sintesi, il rinvio a NIGRO - CARDI, *Giustizia Amministrativa*, 2000, 183.

²¹⁷ L'argomento è vastissimo e non sarà oggetto di specifica trattazione in questo studio, se non con riferimento agli aspetti incidenti sul tema trattato. Occorre sin da ora sottolineare il rilevato (NIGRO, CARDI, *Giustizia Amministrativa*, cit. 184) contrasto che deriverebbe da un'applicazione letterale ed intransigente del principio sulla giurisdizione unica sui diritti di cui all'art. 2 ("Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"), da un lato, rispetto all'art. 4, in considerazione dei relevantissimi limiti rispetto alla regola posta nel precedente articolo, la cui effettiva consistenza è stata in concreto misurata, nel corso degli anni, a seconda della interpretazione data alle due norme, ovvero a seconda del grado maggiore o minore di protezione che si volesse apprestare in favore dell'amministrazione.

Tuttavia, i richiami testualmente effettuati a tale proposito rispetto all'art. 1641 del codice civile del 1865²¹⁸, unitamente alle osservazioni svolte dalla dottrina in relazione alla natura bilaterale dei diritti così come degli obblighi scaturenti dal contratto di appalto pubblico, portavano a delineare la struttura e la funzione dell'istituto descritto dall'art. 345, in termini sostanziali di recesso.

Peraltro, l'acquisizione graduale, ma coeva, della natura privatistica del contratto di appalto di opera pubblica, spingeva al convergente risultato della sottoposizione di tale atto negoziale al sindacato del giudice ordinario, in virtù del principio della giurisdizione unica sui diritti.

Da un lato, quindi, la previsione nell'ordinamento civilistico di una facoltà di recesso *ad nutum* ai sensi dell'art. 1641 del codice civile del 1865 e, dall'altro lato, la graduale acquisizione della connotazione del contratto di appalto pubblico in termini di contratto bilaterale a prestazioni corrispettive, furono fattori che condussero la giurisprudenza prevalente ad attribuire all'atto di recesso una natura negoziale.

Non senza sottolineare che, poiché la funzione stessa del recesso privatistico (all'epoca ai sensi dell'art. 1641) non prevedeva alcun controllo giudiziale sulle motivazioni del recesso, ciò a maggior ragione non configgeva con le finalità pubblicistiche cui era finalizzato il contratto di appalto di opera pubblica, nel senso che in ogni caso al giudice ordinario sarebbe stato precluso – in quanto inutile – alcun controllo o sindacato sul merito dell'atto di recesso.

Non a caso, peraltro, gli studi sulla natura – privatistica o pubblicistica – della dichiarazione unilaterale di rescissione si sono maggiormente concentrati sulla rescissione/risoluzione di cui all'art. 340, istituto che, a differenza della rescissione/recesso di cui all'art. 345, non aveva - ed ancora

²¹⁸ Si veda CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inadempti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, cit., 605.

oggi non ha - una norma che possa identificarsi come intuitivamente omologa nel codice civile vigente.

E se è vero, come è stato rilevato, che il recesso ex art. 345 della legge 20 marzo 1865 presenta elementi comuni con la “rescissione”, ma si caratterizza per una minore complessità procedimentale rispetto ad essa, e quindi, sotto molti aspetti, per un rapporto tra contenuto e contenente con la stessa²¹⁹, allora può affermarsi che la giurisdizione del giudice ordinario che in tale ambito venne affermata negli anni venti del ‘900 dal supremo consesso amministrativo con riferimento alla rescissione ex art. 340, valeva a maggior ragione ad individuare la stessa giurisdizione con riferimento al recesso ex art. 345²²⁰.

Interessante, peraltro, notare che fino agli anni venti il Consiglio di Stato²²¹ aveva ritenuto che la giurisdizione del giudice ordinario in materia di rescissione di appalto di opera pubblica traesse fondamento dalla coincidenza di disciplina tra appalti pubblici ed appalti privati (all’epoca locazione di opere), in quanto la rescissione aveva come presupposto ragioni tecniche che non coinvolgevano elementi pubblicistici; mentre, al contrario, dalla metà degli anni trenta²²², la competenza del giudice ordinario fu comunque affermata da parte del Consiglio di Stato, nonostante l’atto rescissorio fosse stato qualificato come atto amministrativo, in ossequio al criterio del *petitum* fondato sulla *causa petendi*, avendo cioè a riferimento la posizione sostanziale coinvolta.

Quanto detto, non soltanto fornisce riprova della natura controversa dell’atto unilaterale rescissorio. Di più, con riferimento alla dichiarazione unilaterale di recesso ex art. 345, rappresenta la conferma della corretta

²¹⁹ ANCORA, *La rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 6.

²²⁰ Si veda in proposito VARANESE, *Le controversie per la rescissione degli appalti di opere pubbliche*, nota a sentenza Consiglio di Stato, VI Sezione, 21 aprile 1952, n. 237, in *Acque, bonifiche e costruzioni*, 1953, 264.

²²¹ Consiglio di Stato, 9 settembre 1926, n. 338, in *Foro Amm.*, 1926, 23, 348.

²²² Consiglio di Stato, V, 12 aprile 1929, n. 202, in *Foro Amm.* 1929, I, 2, 169; Consiglio di Stato, V, 22 febbraio 1935, n. 162, in *Foro Amm.* 1935, I, 2, 119.

attribuzione di tale atto alla giurisdizione del giudice ordinario, a maggior ragione, rispetto alla rescissione ex art. 340, in quanto potere identificato sostanzialmente come analogo rispetto al diritto potestativo di cui all'art. 1641 del codice civile del 1865 in materia di locazione di opere.

b) *Recesso nel codice civile e recesso nel codice dei contratti pubblici.*

Ecco, quindi, che con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, il profilo sistematico dell'istituto disciplinato dall'art. 345 della Legge del 1865 sembra trovare una ancora più definita collocazione.

E' chiaro, infatti, che la previsione dell'istituto del recesso in generale nell'ordinamento civilistico²²³ ne ha individuato una collocazione sistematica ed una conseguente descrizione in termini strutturali e funzionali. Inoltre, come è stato rilevato²²⁴, il nuovo codice ha fornito del recesso una disciplina volutamente non dettagliata, "perché esso appare con particolarità proprie in ogni contratto nel quale può ammettersi"²²⁵.

Ed infatti, per altro verso, con specifico riferimento all'ulteriore novità rappresentata dall'introduzione nel codice civile del contratto di appalto privato come contratto tipico²²⁶, occorre sottolineare che il recesso è stato previsto dall'art. 1671 c.c. per il nuovo tipo contrattuale secondo una disciplina che ha ricalcato in gran parte quella del contratto di appalto di opera pubblica, rilevabile dall'art. 345 della Legge del 1865²²⁷. Con la sola differenza che questa ultima norma risultava più rigorosa e restrittiva, quanto all'indennizzo, da un lato, in virtù del preventivo giudizio

²²³ Art. 1373 Recesso unilaterale.

Se ad una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.

Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.

E' salvo in ogni caso il patto contrario.

²²⁴ FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Volume I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale Art. 1372 – 1373, in *Il Codice civile Commentario* diretto da Pietro Schlesinger, Milano, 1999, 308

²²⁵ Relazione al Re, n. 127: si veda FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit..

²²⁶ Articoli 1655 – 1677 codice civile.

²²⁷ Art. 1671 Recesso unilaterale dal contratto.

Il committente può recedere dal contratto anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

dell'amministrazione committente sulla "utilità" dei materiali rilevati in cantiere; dall'altro lato, quanto alla forfetizzazione del mancato guadagno, nella misura di un decimo dei lavori non eseguiti.

Tuttavia, il definitivo inquadramento normativo in via testuale dell'istituto del recesso nell'appalto di opere pubbliche non si ebbe ancora con le cosiddette Leggi Merloni²²⁸, le quali, come è stato più volte rilevato²²⁹, lasciarono sostanzialmente immutati, pur nel contesto di un completo riassetto della materia, i dati di diritto positivo che hanno dato luogo al problema della qualificazione dei poteri unilaterali di recesso e risoluzione.

Solo con l'art. 122 del DPR n. 554 del 21 dicembre 1999²³⁰ si ebbe la sostituzione del termine "risolvere" in qualunque tempo il contratto, con il termine appropriato di "recesso"²³¹.

Peraltro, la predetta disposizione rese più chiari i rapporti tra le parti sotto il profilo economico, contribuendo a diminuire il contenzioso mediante l'indicazione di ulteriori criteri di calcolo dell'indennizzo dovuto dal committente.

Inoltre, mediante una previsione innovativa, non presente né nella legge del 1865, né nel regolamento attuativo del 1895 (R.D. n. 350 del 25 maggio 1895), il medesimo art. 122, al comma 3, dispose che l'esercizio del recesso avrebbe dovuto essere preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore, da darsi con preavviso non inferiore ai venti giorni, "decorsi

²²⁸ Legge quadro 11 febbraio 1994, n.109, successivamente modificata dalla Legge 2 giugno 1995, n. 216 e dalla Legge 18 novembre 1998, n. 109.

²²⁹ CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell'amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in Foro Amm., 2000, 299.

²³⁰ Regolamento di attuazione della Legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni. L'art. 122 era rubricato: "*Recesso dal contratto e valutazione del decimo*".

²³¹ BACCARINI - CHINE' - PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, cit., 1548

i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo”²³².

L’istituto del recesso, come delineato dall’art. 345 della legge sulle opere pubbliche del 1865 e come modificato dall’art. 122 del DPR n. 554/1999, è stato poi sostanzialmente trasfuso nell’art. 134 del codice degli appalti pubblici del 2006²³³.

Appare pertanto condivisibile l’affermazione secondo cui la disciplina testuale dell’istituto dal 1865 al 2006 non ha mai subito mutamenti di rilievo²³⁴.

Tuttavia è estremamente interessante il fatto che in forza dell’interpretazione dottrinarie e giurisprudenziale, nonché alla graduale evoluzione del contesto sociale, la disposizione ha percorso trasversalmente i territori del diritto pubblico, collocandosi successivamente in via sistematica tra gli strumenti privatistici posti a disposizione della pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto di appalto di opere pubbliche.

Dovendosi ulteriormente precisare, allo scopo di individuarne l’ambito applicativo, che con il codice degli appalti pubblici del 2006 si ebbe, all’art. 3, la definizione del contratto di appalto pubblico come istituto dalla struttura complessa, che unificava nella medesima disciplina “i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto da una stazione appaltante o ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”²³⁵.

²³² CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell’amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, cit., 300, nota 8.

²³³ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; l’art. 134 era intitolato “Recesso”.

²³⁴ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da Giuseppe France Ferrari e Giuseppe Morbidelli, Milano 2013, Articolo 134 Recesso, 178.

²³⁵ La definizione dell’appalto pubblico era stata in precedenza fornita dall’art. 4 del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, di attuazione della Direttiva CEE 89/440, secondo il quale era tale “il contratto a titolo oneroso concluso, in forma scritta, tra un’amministrazione aggiudicatrice ed un’impresa, avente per oggetto l’esecuzione di lavori

La enucleazione all'art. 2, comma 4, del codice dei contratti pubblici del 2006 di un principio generale secondo il quale “per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile” – qualunque estensione si intenda attribuire a tale enunciazione – rappresentò ulteriore conferma della piena legittimità della collocazione dell'istituto del recesso nel contratto di appalto pubblico, in ambito privatistico.

D'altra parte, come è stato rilevato ²³⁶, l'art. 134 del codice dei contratti pubblici del 2006 reperiva il proprio corrispondente nell'art. 1671 c.c., per il fatto di attribuire al committente il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto, previo pagamento di un indennizzo pari alle spese sostenute, ai lavori eseguiti ed al mancato guadagno, fatte salve soltanto alcune differenze di dettaglio. Ed è innegabile che entrambe le norme avevano in comune il fatto di rappresentare due espresse eccezioni legislative alla regola generale posta dall'art. 1372 c.c. e, per la pubblica amministrazione, dall'art. 21 *sexies* della Legge n. 241/1990, secondo cui le parti non possono sciogliersi unilateralmente da un contratto se non per mutuo consenso o nei casi previsti dalla legge ²³⁷.

La *ratio* sottesa al recesso previsto per l'appalto civile dall'art. 1671 c.c. deve essere individuata in relazione al profilo strutturale della durata

pubblici, oppure la progettazione e l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera pubblica che sia dotata di autonomia funzionale propria e che risponda ad esigenze stabilite specificamente dall'amministrazione aggiudicatrice”.

²³⁶ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 178.

²³⁷ Sul tema della intangibilità del contratto, con respiro di sintesi, si vedano FRANZONI, *Degli effetti del contratto, Volume I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, Art. 1372 – 1373*, in *Il Codice civile, Commentario diretto da Pietro Schlesinger*, 1 - 107; GALGANO, *Degli effetti del contratto, Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano, Libro quarto: Obbligazioni, art. 1372 – 1405*, Bologna-Roma, 1993, 1 – 64; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, 287 e ss. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale, Volume secondo, Parte seconda*, Milano, 1951, 488; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, 1994, 239 e ss.

necessariamente predeterminata del contratto di appalto²³⁸, con la conseguenza che lo strumento risulta finalizzato all'esigenza di consentire al committente di liberarsi dal contratto – ovviando ad una sopravvenuta antieconomicità del vincolo - qualora l'opera da realizzare non dovesse più rispondere all'utilità che aveva mosso il committente alla stipula.

La conseguente posizione soggettiva di vantaggio, individuata *ex lege* solo a favore del committente, viene bilanciata dalla specifica previsione dell'indennizzo - predeterminato dall'art. 134 del codice dei contratti del 2006, ma non dall'art. 1671 c.c. - la cui natura, a conferma della *ratio* dell'istituto, nei termini in cui è stata descritta, non appare sanzionatoria, quanto invece risarcitoria²³⁹.

Si tratta di un diritto potestativo, un recesso puro e semplice o *ad nutum*²⁴⁰, previsto in favore di una sola parte contrattuale, consistente in uno *ius poenitendi* avente natura negoziale, benché finalizzato anche alla tutela di interessi superindividuali: profilo funzionale che bene si attaglia anche al recesso nel contratto di appalto pubblico, ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti del 2006 oggi sostanzialmente trasfuso nell'art. 109 del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50)²⁴¹.

²³⁸ A differenza del c.d. recesso di liberazione o determinativo, previsto dall'art. 1373 comma 2, c.c. per i contratti di durata, ad esecuzione continuata o periodica, oppure per i contratti a tempo indeterminato, come la somministrazione (art. 1569 c.c.) la locazione (art. 1596, comma 2, c.c.), agenzia (art. 1570, comma 2, c.c.), avente la funzione di facoltà concessa alle parti di porre fine ad un rapporto altrimenti indeterminato. Sulle funzioni del recesso, si veda FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Artt. 1372-1373, cit., 337; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, 214.

²³⁹ Sulla natura risarcitoria dell'indennizzo previsto per il recesso nel contratto di appalto, si vedano *ex multis*: Cass. Sez. II, 8 gennaio 2003, n. 77; Cass. Sez. I, 17 novembre 1980, n. 6132; Cass. Sez. II, 10 febbraio 1987, n. 1411; v. TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 180, nota 10.

²⁴⁰ SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965.

²⁴¹ Si vedano MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 331; NAPOLEONE, *Il codice dei contratti pubblici*, a cura di Fabio Garella e Marco Mariani, Torino, 2016, 286; RUSCICA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, aggiornato al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a cura di Serafino Ruscica, 2016, 203 e ss..

Circostanza che denota e conferma la perfetta funzionalizzazione dell'istituto, quale strumento privatistico teleologicamente orientato al soddisfacimento (se del caso, anche) di un interesse pubblico.

In particolare, come è stato osservato²⁴², il fondamento stesso del recesso civilistico quale esercizio del diritto di pentimento è stato ravvisato nell'esigenza di tutelare interessi che travalicano i singoli, con funzione di bilanciamento tra il principio generale *pacta sunt servanda*, da un lato, e la considerazione che l'utilità di una certa prestazione possa avere perso in corso d'opera, dall'altro lato.

²⁴² FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Vol. I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale, Artt. 1372-1373, cit., 352.

c) *Segue: struttura e funzione del recesso privatistico e del recesso della stazione appaltante.*

Neppure sotto il profilo della disciplina il recesso civile ed il recesso previsto dalla normativa speciale dei contratti pubblici presentano differenze tali da far dubitare della natura privatistica di entrambi gli istituti.

In particolare, il recesso del committente pubblico si differenzia dal recesso del committente privato con riferimento alle modalità con le quali deve essere esercitato il diritto; altre differenze si riscontrano, inoltre, quanto agli indennizzi che il committente (o la stazione appaltante) è tenuto a corrispondere all'appaltatore²⁴³.

Sotto il primo aspetto, nel contratto di appalto pubblico la stazione appaltante è tenuta ad effettuare una comunicazione formale ed espressa, con preavviso all'appaltatore di almeno venti giorni; nel contratto di appalto privato, invece, si è ritenuto che il committente possa recedere anche implicitamente, tacitamente o per fatti concludenti²⁴⁴.

Con riferimento agli indennizzi, negli appalti pubblici, gli obblighi previsti per il committente riguardano: i lavori eseguiti, i quali devono essere pagati fino alla comunicazione di recesso, senza differenze rispetto all'appalto privato; il valore dei materiali utili presenti in cantiere, con la precisazione che la utilità del materiale dipende a tale scopo dalla circostanza che essi siano stati già accettati dal direttore dei lavori; ed infine il decimo dell'importo dei lavori non eseguiti, che andrà calcolato sulla differenza tra i 4/5 del prezzo d'appalto ribassato e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.

²⁴³ Sul punto si veda LINGUITI, *L'esecuzione del contratto*. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126: 129 – 141), Commentario al codice dei contratti pubblici a cura di Linguiti, Clarich, Fidone, Fonderico, 681, nonché GOGGIAMANI, *Il recesso*, Trattato sui contratti pubblici, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, 3662 e ss.

²⁴⁴ RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 473, nota 7, con richiamo a Trib. Vercelli, 31 luglio 1969; LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126: 129 – 141), cit., 681; GOGGIAMANI, *Il recesso*, cit., 3662 e ss.

Negli appalti privati, invece, ai sensi dell'art. 1671 c.c. gli indennizzi comprendono il ristoro completo delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, con la conseguenza che, come è stato osservato²⁴⁵, il committente di appalto d'opera privato è obbligato al ristoro dell'intero danno emergente e del lucro cessante.

E' stato correttamente rilevato²⁴⁶ che le differenze sopra evidenziate non sono tali da modificare o snaturare il carattere privatistico dell'atto di recesso nell'appalto pubblico, pur dovendosi riconoscere che il temperamento della misura dell'indennizzo trova la sua *ratio* nella necessità di tutela dell'interesse pubblico sotteso al contratto, con riferimento ad eventuali richieste di indennizzo eccessive o non predeterminabili.

In definitiva, le citate differenze tra appalto pubblico ed appalto privato, attinenti agli aspetti esecutivi del recesso, relative, pertanto, ad una fase successiva rispetto alla dichiarazione unilaterale - oltre a non rappresentare, come si è visto, elementi di reale eterogeneità tra le due discipline - non vengono ritenute idonee e sufficienti a snaturare la comune natura dell'atto di recesso.

²⁴⁵ GOGGIAMANI, *Il recesso*, cit., 3662 e ss; LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126: 129 – 141), cit., 681, il quale precisa che, infatti, rispetto al danno emergente il committente privato deve rimborsare anche tutte le spese sostenute e rispetto al lucro cessante non vi è la riduzione del quinto.

²⁴⁶ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126: 129 – 141), cit., 681; tuttavia l'Autore osserva in proposito che detto temperamento appare più teorico che reale, in considerazione del fatto che nel campo delle opere pubbliche l'appaltatore non è tenuto a dimostrare la percentuale di utile che si attendeva dalle opere non eseguite, prefissate nella misura del 10%.

d) *Natura giuridica del recesso ed effetti sulla giurisdizione.*

L'analisi comparata del recesso nel codice civile e del recesso nel codice degli appalti, consente di affermare che la fattispecie prevista dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici del 2006 attribuiva all'amministrazione committente un diritto in tutto e per tutto analogo a quello previsto dall'art. 1671 c.c. per il committente privato²⁴⁷, con la conseguenza che è stata da tempo riconosciuta una sostanziale identità tra i due istituti, sia quanto ai presupposti, sia quanto agli effetti²⁴⁸.

E poiché l'art. 109 del nuovo codice dei contratti non innova la precedente disciplina, se non per aspetti meramente formali²⁴⁹, si può concludere nel senso della conferma, in termini di attualità, della natura privatistica dell'istituto del recesso esercitato dalla stazione appaltante, mediante dichiarazione unilaterale con effetti estintivi del contratto di appalto pubblico²⁵⁰.

²⁴⁷ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126: 129 – 141)*, cit., 679: l'Autore afferma in particolare che la disposizione di cui all'art 134 del codice dei contratti del 2006 "è riconducibile al recesso ad nutum previsto per il committente nel contratto d'appalto privato (art. 1671 c.c.) e, al pari di questo, costituisce un'eccezione (che deve quindi essere espressamente prevista dalla legge) alla regola generale secondo cui, una volta concluso, il contratto non può essere sciolto se non per mutuo consenso (art. 1372 c.c.)".

²⁴⁸ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 183.

²⁴⁹ NAPOLEONE, *Il codice dei contratti pubblici, Commento al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., 288; così, implicitamente, MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici, Le novità del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per i settori ordinari*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 331.

Più nel dettaglio, dal confronto testuale gli articoli 134 del codice del 2006 e 109 del nuovo codice appaiono del tutto identici, con i soli aggiustamenti testuali dovuti all'ampliamento della disciplina anche agli appalti di servizi e forniture.

Da notare, tuttavia, che la nuova disposizione fa preliminarmente salvi i casi di recesso previsti dalla normativa antimafia, in particolare dagli artt. 88, comma 4 *ter* e 92, comma 4, del D.Lgs. 159/2011, per i quali la revoca e il recesso si applicano anche quando la sussistenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, ovvero gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, ovvero, come si ritiene, quando il contratto sarebbe stato stipulato sotto condizione risolutiva nelle more dell'acquisizione delle comunicazioni o informazioni antimafia: si veda MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 331.

²⁵⁰ Non senza precisare che l'art 109 citato recepisce la ormai acquisita nozione complessa di appalto pubblico, comprensiva dell'appalto di lavori, servizi e forniture (su

Quanto alla giurisprudenza, la natura privatistica della dichiarazione unilaterale di recesso è da tempo sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, già nel 2003 avevano precisato che “in tema di appalto di opere pubbliche, una volta che l’accordo contrattuale sia da considerare concluso in modo definitivo e definitivamente efficace, la scelta della P.A. committente di non eseguire l’opera come progettata, compiuta per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell’ambito del potere, non pubblico di revoca, ma contrattuale di recesso, di cui all’art. 345 L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F., sicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario”²⁵¹.

La citata sentenza aveva affermato un importante principio di diritto, recepito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato soltanto nel 2014, con la già citata sentenza n. 14²⁵², con la quale – dirimendo precedenti contrasti interpretativi esistenti tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato – ha riconosciuto che “nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell’aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall’art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006”.

Occorre peraltro sottolineare l’importanza del punto di arrivo rappresentato dalla citata sentenza n. 10160/2003 resa dalla Sezioni Unite, rispetto ad esempio alla precedente pronuncia n. 14539/2001, con la quale le stesse Sezioni Unite non sembravano avere definitivamente superato l’ambigua concezione che ammetteva l’adozione di un atto avente le forme di un provvedimento amministrativo “che, nonostante tale connotato, non

cui v. *supra* Capitolo primo, paragrafo quarto), con la conseguenza che il testo dell’articolo 134 del codice dei contratti del 2006 è stato abrogato, ma di fatto riprodotto, con l’aggiunta soltanto delle integrazioni necessarie al fine di disciplinare adeguatamente l’istituto del recesso anche nei contratti di appalto di servizi e di forniture.

²⁵¹ Cass. Sez. Un., 26 giugno 2003, n. 10160. : v. TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 183, nota 23.

²⁵² Sulla quale v. diffusamente *supra*, Capitolo terzo, paragrafo 2 e ss.

cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti»²⁵³.

Il problema sarà oggetto di specifica analisi nel successivo capitolo, con riferimento all'atto o delibera di risoluzione unilaterale.

In definitiva, nonostante soprattutto in passato autorevoli autori avessero manifestato la loro adesione alla tesi della natura pubblicistica dell'atto di recesso²⁵⁴, possiamo affermare che all'esito dell'analisi sulla genesi

²⁵³ Cass. Sez. Un., 19 novembre 2001, n. 14539: "Le controversie nascenti dall'esecuzione di contratti di appalto di opere pubbliche, aventi ad oggetto posizioni di diritto soggettivo, inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a., appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario; tale giurisdizione non viene meno, laddove, la decisione dell'autorità amministrativa, in ordine al rapporto, sia adottata nelle forme del provvedimento amministrativo che, nonostante tale connotato, non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti".

²⁵⁴ BIAGETTI, *Il recesso*, in AA. VV. *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di V. Italia, Torino, 2007, 317; MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 136 e ss.; PICOZZA, *Il recesso*, in *I lavori pubblici*, a cura di M.A. Sandulli – M. Solinas, Padova, 1990, 446; TURCO LIVERI, *Rescissione, recesso e risoluzione nel contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Amm. Ital.*, 1987, 925; BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 195; CATRICALA', *L'autotutela della stazione appaltante*, in *Riv. App.*, 2001, 433. Si veda, per una rassegna delle posizioni, GOGGIAMANI, *Il recesso*, in *Trattato Sandulli – De Nictolis – Garofoli*, vol. V, 2008, 3666.

Occorre peraltro ricordare la interessante teorizzazione dei c.d. atti amministrativi negoziali, tra i quali si è ritenuto di comprendere il recesso della stazione appaltante nel contratto di appalto pubblico, proposta in particolare da GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, 1986, 95, ripresa da FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 281 e ss., da CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale dell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 130 e da CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell'amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 297. Occorre ancora segnalare STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano 1999, 54-55 e 100-102, il quale propende per conferire natura pubblicistica al recesso, stante la ritenuta assimilazione del contratto di appalto pubblico all'accordo amministrativo di cui all'art. 11 della Legge n. 241/1990, richiamando, tuttavia, come ipotesi alternativa, la tesi degli atti amministrativi negoziali.

Da rilevare, infine, che anche Autori che convengono rispetto alla natura privatistica dell'atto di recesso, sostengono comunque la necessità della motivazione ai fini della sua legittimità: ciò sul presupposto della non totale equivalenza tra il recesso ex art. 1671 c.c. e quello dell'art. 134 del codice dei contratti del 2006, in considerazione a) della "particolare qualità della parte recedente (la P.A.) e lo "statuto" al quale essa è assoggettata"; b) dei "principi di buona fede, correttezza e legittimo affidamento"; c) del "diverso atteggiarsi degli effetti patrimoniali rispetto alle previsioni di cui all'art. 1671 c.c."; d) del "peculiare configurarsi degli interessi dell'appaltatore (non confinati agli aspetti economici)":

dell'istituto, sulla sua *ratio*, sulla struttura e sulla funzione, apparirebbe oggi poco coerente porre in serio dubbio la natura negoziale.

Ed infatti, come viene osservato²⁵⁵, il favore per la natura pubblicistica del recesso era stata giustificata dalla ritenuta esigenza di sottoporre l'esercizio di tale diritto ad un controllo giurisdizionale di legittimità, con riferimento in particolare al profilo della motivazione: tuttavia, una volta che anche il Consiglio di Stato ha aderito in termini netti alla tesi negoziale - già indicata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - ogni dubbio in proposito dovrebbe ritenersi dissipato.

Come abbiamo già rilevato, infatti, il controllo sulle motivazioni (*rectius*: sui motivi) che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare l'atto di recesso non è rilevante e neppure utile sul piano della tutela delle parti.

Ciò in considerazione della parificabile funzione dell'istituto - sia ai sensi dell'art. 1671 c.c., che ai sensi dell'art. 109 del nuovo codice dei contratti pubblici - consistente sotto entrambi i profili in un diritto potestativo esercitabile *ad nutum* in qualsiasi momento, fatto salvo il diritto all'indennizzo dell'appaltatore, previsto dall'ordinamento allo scopo di non tenere comunque vincolato il committente al contratto, laddove la cosa da produrre o già in corso di produzione non presenti più, per lui, una utilità sufficiente. Né è previsto che egli debba rendere nota la ragione di tale manifestazione di volontà, che infatti si ritiene possa esplicarsi, a titolo di esempio, nel caso di mutate o sopraggiunte circostanze, con riferimento all'entità della spesa od a seguito di una più ponderata valutazione della situazione di fatto²⁵⁶.

CAPUTI - VILLA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Commentario sistematico a cura di Fabio Saitta, Milano, 2008, 899 ss. La tesi risente della ritenuta funzionalizzazione del contratto di appalto pubblico, con conseguente distinzione di fondo tra potere amministrativo, comunque esercitato, ed autonomia negoziale, concetti ritenuti incompatibili. Con la conseguenza che secondo gli Autori l'atto di recesso illegittimo impedirebbe al giudice ordinario, comunque competente, un sindacato pieno dell'atto, se non a meri fini risarcitori.

²⁵⁵ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 184.

²⁵⁶ CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1999, 57;

E stato ulteriormente osservato²⁵⁷ che la connotazione oggettivamente pubblicistica della stazione appaltante, in quanto soggetto che si inserisce in un rapporto di gestione di risorse pubbliche²⁵⁸, non appare precludere alla possibilità che la stessa possa addivenire alla decisione discrezionale di sciogliersi dal contratto senza specificarne le ragioni.

Si è detto²⁵⁹, infatti, che tali ragioni non entrano nella causa dell'atto di recesso e non sono quindi sindacabili o suscettibili di contestazione dinanzi al giudice amministrativo da parte dell'appaltatore, il quale non può che subire la decisione del committente, pur vantando il diritto di accedere agli atti che la stazione appaltante abbia posto a presupposto della volontà di recesso²⁶⁰.

Resta il fatto che qualora l'atto di recesso sia risultato pregiudizievole per le risorse pubbliche o comunque privo di presupposti idonei a giustificare tale maggiore esborso, i singoli funzionari ne potrebbero rispondere dinanzi alla magistratura contabile. Si tratta, tuttavia, di un profilo esterno rispetto al recesso, che non può incidere sulla natura dell'istituto.

E' stato ancora rilevato²⁶¹, peraltro, che alcune posizioni dottrinarie minoritarie conferiscono al recesso la natura di atto assunto in autotutela da parte del committente, inquadrando l'istituto come un *contrarius actus*

²⁵⁷ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici*, cit., 680.

²⁵⁸ Con la precisazione che "la natura pubblica dell'appalto può configurarsi anche nei casi in cui il committente abbia veste formalmente privata, come accade nel c.d. organismo di diritto pubblico": NERVI, *Le parti del contratto*, cit. 67.

Per approfondimenti sulla natura delle attività e degli atti emessi dalla stazione appaltante, si veda CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, 1/1999, 71.

²⁵⁹ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici*, cit., 680

²⁶⁰ Si veda LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici*, cit., nota 111, con indicazione della sentenza Consiglio di Stato, Sezione VI, 14 novembre 2004, n. 7301.

²⁶¹ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici*, cit., 680.

rispetto all'atto di aggiudicazione²⁶²: si osserva giustamente in proposito che il *contrarius actus*, quale sarebbe ad esempio l'atto di revoca dell'aggiudicazione per motivi di illegittimità originari, dovrebbe prevedere presupposti diversi da quelli del recesso, necessiterebbe di motivazione ed avrebbe conseguenze indennitarie più contenute a carico della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della Legge 241/1990.

Occorre aggiungere che a seguito della più volte citata sentenza n. 14 del 2014 emessa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anche tale profilo dovrebbe essere ritenuto chiarito dal principio di diritto ivi affermato²⁶³, nel senso della natura ormai sicuramente privatistica della dichiarazione unilaterale di recesso.

In definitiva, analizzata l'evoluzione dell'istituto del recesso rispetto al contratto di appalto pubblico, delineati i tratti strutturali e funzionali dello stesso, anche mediante comparazione con l'omologo istituto civilistico ed, infine, preso atto che le tesi minoritarie che attribuiscono ad esso natura pubblicistica non sembrano essere sostenute da presupposti condivisibili, si può affermare che attualmente lo strumento del recesso, anche nel campo degli appalti pubblici, rappresenti un istituto avente natura negoziale.

La posizione appare unanime in giurisprudenza²⁶⁴ ed è condivisa dalla dottrina maggioritaria²⁶⁵.

²⁶² In particolare BIAGETTI, *Il recesso*, in AA.VV. Commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Torino 2007, 317; PICOZZA, *Il recesso*, in M.A. Sandulli – M. Solinas, *I lavori pubblici*, Padova, 1990, 446 e ss.

²⁶³ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 7/2014: “Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006”.

²⁶⁴ Cassazione Sezioni Unite, 26 giugno 2003, n. 10160; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 febbraio 2003, n. 628.

²⁶⁵ Oltre ai contributi già indicati nel testo, si veda, da ultimo, PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 140, nota 46: con riferimento al potere spettante al committente privato di recedere ai sensi dell'art. 1671 c.c., l'Autore afferma che “Analogia previsione è contenuta nell'art. 134, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui “La stazione appaltante ha diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo

Le conclusioni a cui si è pervenuti rappresentano un importante riferimento ed un utile punto di partenza per l'analisi della più complessa natura della c.d. dichiarazione unilaterale di risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore.

pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite".

3- Inadempimento dell'appaltatore e scioglimento del contratto di appalto per dichiarazione unilaterale della stazione appaltante.

a) *Genesi e natura dell'istituto: dal decreto di rescissione, alla dichiarazione di risoluzione.*

Si è visto che la funzionalizzazione del contratto di appalto rispetto all'interesse pubblico ha posto rilevanti problemi interpretativi, soprattutto con riferimento alla qualificazione di alcuni atti espressivi in senso lato di un potere che l'amministrazione ha la facoltà di esplicitare nella fase di esecuzione del contratto, caratterizzata dalla pariteticità.

Si è quindi rilevato che con riferimento al recesso della stazione appaltante si è prospettata, da parte di alcuni autori, la sussistenza di un obbligo di motivazione in ossequio all'insegnamento secondo cui a monte di qualsiasi atto della pubblica amministrazione debba necessariamente esperirsi un procedimento²⁶⁶: tale opinione dottrinale attinge al principio secondo cui, anche con riferimento agli atti consensuali, il potere che l'amministrazione esercita sarebbe sempre connotato in senso pubblicistico e non sarebbe mai libero, né identificabile con il potere che l'ordinamento rende disponibile al privato in ottica paritaria, mediante l'esplicitazione dell'autonomia negoziale²⁶⁷.

²⁶⁶ CAPUTI - VILLA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 901.

²⁶⁷ SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 452; si vedano CAPUTI - VILLA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 899, nota 33. Si veda anche BACCARINI - CHINE' - PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, cit., 1575: gli Autori sostengono che il fatto che la pubblica amministrazione agisca secondo le norme di diritto privato, come tipicamente avviene in ambito di esecuzione contrattuale, non impedisce che la stessa operi "secondo criteri tipicamente pubblicistici". Ciò si evince testualmente – secondo gli Autori – dal comma 1 *ter* della Legge 241/90, aggiunta dall'art. 1 della Legge n. 15/2005 e successivamente modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a) della Legge n. 69/2009, in base al quale i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1: se i principi di cui al comma 1 devono essere rispettati dai soggetti privati, a maggior ragione, secondo gli Autori, lo devono essere da parte delle amministrazioni. Ne dovrebbe conseguire che

D'altra parte, abbiamo osservato che a far data dai primi decenni del 1900 la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria, pur avendo attribuito alla giurisdizione ordinaria il sindacato sulle controversie in materia di rescissione di contratti di appalto²⁶⁸, ritennero per molto tempo che la relativa delibera conservasse la natura di atto amministrativo.

La particolarità risiede nel fatto che, come più volte rilevato, la giurisprudenza sia civile che amministrativa ha sempre ritenuto che tale atto pubblicistico non scalfisse la consistenza del diritto soggettivo sottostante, il quale, pertanto, non degradava ad interesse.

La sensazione che il criterio di riparto rispondesse in questo caso più ad una logica precostituita, che ad una effettiva e coerente analisi delle posizioni soggettive coinvolte, trae conferma dalle osservazioni della citata dottrina dell'epoca.

Alcuni autori rilevavano, infatti, che a fronte della sicura affermazione della giurisdizione del giudice ordinario in materia di rescissione del contratto di appalto pubblico, diversi – e poco conciliabili tra loro – apparivano i presupposti sui quali il giudice amministrativo aveva ritenuto fondarsi l'affermazione di tali principi: nel corso degli anni venti del '900 il Consiglio di Stato²⁶⁹ aveva ritenuto che i contratti di cui all'art. 340 della legge sui lavori pubblici si adeguassero precisamente ai contratti di diritto privato comune, in considerazione del fatto che la rescissione ex art. 340 aveva luogo essenzialmente nell'interesse della migliore riuscita dell'opera appaltata per ragioni di ordine tecnico ed indipendentemente da qualsiasi sopraggiunta necessità di indole amministrativa o di nuovi criteri ai quali

anche gli atti attinenti all'esecuzione, pur essendo emanati con strumenti di diritto privato (rescissione, risoluzione o risoluzione in danno), sono tuttavia atti che devono rispettare lo statuto pubblicistico degli atti della pubblica amministrazione; da ciò, secondo gli Autori, detti atti avrebbero natura pubblicistica (atti "sostanzialmente amministrativi"), con la conseguenza che per essi la giurisdizione "dovrebbe essere radicata in capo al G.A."

²⁶⁸ VARANESE, *Le controversie per la rescissione di appalti di opere pubbliche*, in *Acque, bonifiche, costruzioni*, 1953, I, 264 (Nota a Consiglio di Stato, VI sezione, sentenza 21 aprile 1952, n. 237).

²⁶⁹ Cons. di Stato, 9 settembre 1926, n. 338, in *Foro Amm.* 1926, I, 23, 348.

l'amministrazione avesse inteso ispirare la propria condotta, quale ente pubblico.

Di conseguenza, poiché nella dichiarazione di rescissione non si rinveniva la presenza di alcun elemento di carattere pubblicistico, né la stessa appariva come una manifestazione di uno *ius imperii* o di un diritto di supremazia della pubblica amministrazione, il supremo consesso amministrativo aveva concluso che l'amministrazione era intervenuta quale persona giuridica di diritto privato e non come pubblica autorità esplicante uno *ius imperii*. Come aveva osservato il Varanese, tali principi erano stati anche confermati dal Consiglio di Stato con una sentenza di poco successiva²⁷⁰.

Tuttavia, nel 1935 l'orientamento del Supremo consesso amministrativo, seppure identico nelle conclusioni - nel senso della conferma della giurisdizione del giudice ordinario - era mutato nei presupposti, essendosi ritenuto che la delibera di rescissione avesse natura di vero e proprio atto amministrativo, in quanto espressione di un potere che nessun privato appaltante avrebbe mai potuto esercitare senza ricorrere al giudice, esercitato dall'amministrazione in ragione della sua posizione preminente di diritto singolare negli appalti di opere pubbliche. La giurisdizione del giudice ordinario si giustificava, tuttavia, in quanto - si osservava - l'esistenza di un atto amministrativo doveva ritenersi condizione necessaria ma non sempre sufficiente per dare adito al ricorso in sede amministrativa, non potendo essa precludere il ricorso alla giurisdizione ordinaria allorché si fosse lamentata la lesione di un diritto soggettivo.

Il riportato orientamento giurisprudenziale venne peraltro confermato negli anni successivi, giungendo ad una elaborazione nitidamente espressa dal Consiglio di Stato nel 1952²⁷¹.

²⁷⁰ Cons. di Stato, V, 12 aprile 1929, n. 202, in Foro Amm. 1929, I, 2, 169.

²⁷¹ Cons. di Stato, VI sezione, 21 aprile 1952, n. 237, in Acqua, bonifiche, costruzioni, I, 261, con la citata nota di Alberto Varanese.

Affermò il supremo consesso che per stabilire la competenza della giurisdizione amministrativa non sarebbe stata sufficiente l'indicazione di un *petitum* consistente nell'annullamento di un atto amministrativo, qualora la *causa petendi* fosse consistita nella pretesa violazione di diritti soggettivi perfetti. In questo caso, infatti, l'atto amministrativo non avrebbe potuto essere oggetto diretto di annullamento da parte del giudice amministrativo, in considerazione della sua incompetenza sulle questioni riguardanti diritti. Nel contempo, tuttavia, in virtù dell'art. 4, comma primo, della legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, i giudici ordinari ed i giudici arbitrali avrebbero dovuto limitarsi ad una declaratoria di illegittimità e ad una pronuncia sul risarcimento dei danni. Solo successivamente l'appaltatore avrebbe potuto ottenere l'annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo, in virtù dell'art. 27, n. 4 del testo unico 26 giugno 1924 n. 1054, diretto ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi per quanto riguarda il caso deciso al giudicato dei tribunali.

E' stato rilevato che a partire dagli anni '60 del 1900, accordo e contratto iniziarono ad assumere un maggiore rilievo nella riflessione teorica, in ragione di un contesto generale assai mutato, più favorevole ad un modello di amministrazione consensuale²⁷².

Ciononostante, ancora negli anni '80 la giurisprudenza maggioritaria considerava la delibera di rescissione quale atto amministrativo²⁷³.

²⁷² SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1253.

²⁷³ Cassazione, 10 agosto 1982, n. 4473, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, maggio-giugno 1983, I, 565: la Suprema Corte - facendo riferimento alla disciplina del Capitolato d'appalto per lo Opere pubbliche del Ministero dei Lavori Pubblici approvato con il D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, che all'art. 42 statuiva che nel caso di contestazioni tra direttore dei lavori ed appaltatore si sarebbe proceduto alla risoluzione in via amministrativa a norma del Regolamento approvato con il R.D. 25 maggio 1895 n. 350, il cui art. 27 prevedeva la rescissione dei contratti e la esecuzione d'ufficio, per grave negligenza o contravvenzione ai patti - affermava che "In tal materia questa Suprema Corte ha affermato che l'esercizio del potere di autotutela, - riconosciuto alla pubblica amministrazione committente dall'art. 340 della l. 20 marzo 1965 n. 2248 all. F. e concretantesi nella facoltà di risolvere d'autorità il contratto di appalto quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza o di contravvenzione agli obblighi ed alle condizioni stipulate - , non preclude alla stessa amministrazione la facoltà di chiedere al

Si riteneva che essa costituisse espressione del potere di autotutela della pubblica amministrazione e che, in ragione di tale connotazione pubblicistica, si distinguesse dall'azione generale di risoluzione, parimenti esperibile dalla pubblica amministrazione ai sensi degli artt. 1453 e seguenti del codice civile, per essere rimedi aventi "natura giuridica diversa" e per essere caratterizzati da "presupposti e modalità di attuazione differenti".

In particolare la connotazione pubblicistica della delibera di rescissione veniva individuata nella deroga al generale divieto che vige nei rapporti tra privati, con attribuzione alla pubblica amministrazione di un potere di autotutela che le avrebbe consentito di sciogliere il contratto autonomamente, senza necessità di attendere la pronuncia del giudice.

E' noto, infatti, che, al contrario, nel diritto privato viene ritenuto vigente un principio generale di divieto dell'autotutela, con la conseguenza che colui il quale ritenesse di vantare una pretesa non la potrebbe realizzare se non dopo avere adito l'autorità giudiziaria e previo riconoscimento della fondatezza della domanda; inoltre, l'esecuzione coattiva del provvedimento giurisdizionale così ottenuto sarebbe possibile soltanto per mezzo del procedimento di esecuzione forzata²⁷⁴.

In considerazione del fatto che la pubblica amministrazione gode del potere di autotutela solo nei rapporti di diritto pubblico, mentre quando agisce *iure privatorum* è normalmente soggetta al suddetto divieto, l'attribuzione ad essa di tale potere potrebbe rappresentare un elemento inequivocabile a favore della tesi della natura provvedimentale degli atti di risoluzione.

D'altra parte, secondo i sostenitori di tale tesi, l'interesse pubblico sotteso al contratto di appalto giustificerebbe l'attribuzione all'amministrazione di tale potere di autotutela, allo scopo di evitare le

giudice ordinario o agli arbitri la risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento dell'appaltatore, nell'eventualità che l'atto di esercizio di autotutela sia riconosciuto illegittimo, trattandosi di due rimedi aventi diversa natura giuridica e caratterizzati da presupposti e modalità di attuazione differenti (Cass. 19 settembre 1975, n. 3063)".

²⁷⁴ CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 174-175.

incertezze ed i ritardi che potrebbero derivare dall'eventuale applicazione della disciplina ordinaria privatistica, mediante ricorso all'autorità giudiziaria²⁷⁵.

Viene peraltro sottolineato che – a differenza dell'azione di risoluzione per inadempimento esperibile ai sensi dell'art. 1453 c.c., comunque invocabile dall'amministrazione – l'emissione della delibera di rescissione da parte della stazione appaltante avrebbe soltanto lo scopo di anticipare gli effetti risolutivi²⁷⁶.

Appare particolarmente interessante il rilievo²⁷⁷ che, secondo gli autori che hanno aderito a questa tesi, la pubblica amministrazione esercitando il potere di risoluzione riconosciute dalla legge, agirebbe dall'esterno del contratto: essa agirebbe, pertanto, non come parte negoziale, ma come autorità titolare di una potestà che si trova al di fuori del rapporto di appalto ed adotterebbe provvedimenti di natura amministrativa, quale esplicazione di pubblica potestà²⁷⁸.

Ancora oggi secondo autorevole dottrina²⁷⁹ la natura pubblicistica della delibera di risoluzione trarrebbe conferma, per un verso, dalla discrezionalità che viene ritenuta insita in essa, e per altro verso dal fatto che il suo esercizio si porrebbe in una posizione di speculare simmetria rispetto alla fase della scelta del contraente e di emanazione della determinazione a contrarre, la cui natura pubblicistica non è posta in dubbio. E' stato osservato²⁸⁰ che tale posizione avrebbe effettuato una sorta di reinterpretazione della tradizionale impostazione pubblicistica, avendola adeguata al nuovo contesto ordinamentale, mediante l'individuazione della

²⁷⁵ MUSOLINO, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, in Riv. Trim. App., 2008, 1, 18.

²⁷⁶ MUSOLINO, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, cit., 18.

²⁷⁷ TADDEI ELMI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 213

²⁷⁸ CIANFLONE – GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 2003, 176; MUSOLINO, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, cit., 24.

²⁷⁹ CATRICALA', *L'autotutela della stazione appaltante*, cit., 421.

²⁸⁰ GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 3672.

natura discrezionale della delibera di risoluzione, in quanto ispirata alla ponderazione dell'interesse pubblico da tutelare come primario, ma senza trascurare la valenza degli interessi secondari coinvolti. Su tale presupposto, a maggior ragione, la ritenuta simmetria tra la fase pubblicistica della determinazione a contrarre e la fase dello scioglimento del vincolo, consentirebbe la riconduzione della delibera di rescissione ad espressione di una pubblica funzione.

Sulla stessa linea, altri autori²⁸¹ desumono la natura pubblicistica della deliberazione di risoluzione sulla scorta dei seguenti elementi: attribuzione per legge del potere, tutela dell'interesse pubblico, incidenza diretta dell'atto sulla situazione soggettiva del contraente, procedimentalizzazione²⁸².

Nell'analizzare le criticità rilevabili da tale orientamento, parte della dottrina ne ha indicato le ragioni nell'appartenenza di tale orientamento ad una preconcepita visione anticontrattualistica²⁸³, che in termini generali all'epoca dominava la dottrina italiana²⁸⁴, secondo la quale il rapporto giuridico al quale avesse preso parte l'amministrazione difficilmente avrebbe potuto essere riconosciuto come un vero e proprio contratto, disciplinato dalle regole paritarie di tipo privatistico. Con la conseguenza che – secondo tale orientamento – tutte le posizioni soggettive, anche nella

²⁸¹ BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.

²⁸² GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 3672.

²⁸³ PERFETTI, *Risoluzione e rescissione del contratto d'appalto con l'amministrazione*, in Repertorio degli Appalti Pubblici, Volume secondo, Milano 2005, 1320.

²⁸⁴ Si vedano anche le interessanti osservazioni di SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1253: "L'ostracismo ideologico verso il contratto e verso i moduli consensuali dell'agire amministrativo, particolarmente forte alla fine dell'ottocento, non poteva peraltro spingersi sino a negare la matrice privatistica dell'appalto pubblico; e tuttavia di quella tendenza si poteva cogliere più di un segno nello sforzo di circondare l'appalto di una fitta rete di atti (definiti) amministrativi, per lo più precedenti e variamente condizionanti la sua stipulazione, ma in taluni casi anche ad esso successivi ed in grado di rimuoverne o limitarne gli effetti. Benché non sorretta da un'ampia riflessione, l'assimilazione degli atti precedenti la stipula del contratto alla categoria degli atti amministrativi, e la loro conseguente devoluzione alla cognizione del giudice amministrativo, è divenuta nel tempo una posizione del tutto consolidata, della quale appariva quasi inutile discutere".

fase dell'esecuzione del contratto, avrebbero attribuito comunque alla pubblica amministrazione una posizione unilaterale di supremazia, esplicazione di potere amministrativo.

L'attrazione della rescissione del contratto nella sfera pubblicistica, avrebbe portato come necessaria conseguenza, sia la procedimentalizzazione dell'atto risolutorio, sia la sua possibile pronuncia di illegittimità.

A fronte di tale posizione teorica, che traeva sostegno da presupposti non sempre univoci, persisteva comunque il filo rosso tracciato nella materia dalla granitica certezza giurisprudenziale della sussistenza della giurisdizione da parte del giudice ordinario. Tuttavia, come già rilevato, detta regola di riparto non sembra traesse fondamento da approfondite analisi sugli interessi coinvolti e sulla pienezza di tutela fornita dalla giurisdizione a fronte dell'esercizio del potere unilaterale di risoluzione da parte della pubblica amministrazione.

Si è detto²⁸⁵, infatti, che il criterio di riparto è stato fondato tradizionalmente sulla distinzione tra la sequenza pubblicistica di competenza del giudice amministrativo, che si conclude con la stipulazione del contratto, rispetto a tutta la successiva fase di esecuzione, qualificata in termini privatistici. Detta prospettazione, reiterata per molti decenni, ha lasciato irrisolto il problema della riferita giurisdizione al giudice ordinario con riferimento alla fase dell'esecuzione, ancorché la dichiarazione unilaterale di rescissione venisse qualificata come atto amministrativo.

In tal senso anche i giudici amministrativi sembra reiterassero la regola di riparto in termini piuttosto acritici e ripetitivi, sostenendo la competenza del giudice ordinario, anche qualora fossero stati esercitati poteri di autotutela da parte della pubblica amministrazione²⁸⁶: la posizione appariva assolutamente chiara, non altrettanto i presupposti sistematici.

²⁸⁵ Si veda in proposito PERFETTI, *Risoluzione e rescissione del contratto d'appalto con l'amministrazione*, cit. , 1323.

²⁸⁶ Si veda Consiglio di Stato, Adunanza generale, 12 aprile 1984, n.7, in Archivio giuridico delle opere pubbliche, 1987, 233, secondo cui "Il potere di rescindere il contratto

Assai significativa, in tale contesto, fu l'importante pronuncia n. 7 resa dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato in data 12 aprile 1984, la quale, dopo avere affermato che il potere di rescindere il contratto di appalto avrebbe configurato una vicenda di carattere pubblicistico ed autoritativo che si inserisce in un rapporto privatistico, precisò che il potere in questione avrebbe costituito un privilegio eccezionale insindacabile (se non sul piano della mera legittimità), conferito alla parte pubblica per la tutela dello specifico interesse pubblico alla regolare esecuzione delle opere destinate alla collettività. Ed al rispetto di tale finalità sarebbe finalizzata, secondo l'Adunanza Generale, la contestuale determinazione del particolare procedimento amministrativo volto alla comparazione del pubblico interesse con le posizioni giuridiche di cui sono titolari le parti private²⁸⁷.

Di più, nella sentenza il Consiglio di Stato precisò che il potere di rescissione del contratto avrebbe espresso una condizione di supremazia dell'amministrazione, una potestà avente natura coercitiva ed incisiva del rapporto, a fronte della quale il privato avrebbe potuto solo far valere le sue ragioni nel modo e con il procedimento di cui all'art. 27 del R.D. 25 maggio 1895 n. 350, ma ad esso non avrebbe potuto sottrarsi.

Chiara risultava, pertanto, la posizione del Consiglio di Stato, nel negare qualsiasi assimilazione ai rapporti nascenti da un negozio giuridico privato, sia sotto il profilo strutturale, che funzionale.

A tale proposito, intendendo argomentare a sostegno dell'esattezza del proprio orientamento, l'Adunanza Generale ritenne di fornire un'analisi delle differenze strutturali ritenute esistenti tra il "potere di rescissione" previsto dall'art. 340 della Legge n. 2248 (all. F) del 1865, rispetto a quello

attribuito all'epoca all'amministrazione ex art. 340 L. 2248/1865, all F., configura una vicenda pubblicistica ed autoritativa che si inserisce nel rapporto privatistico tra l'imprenditore e l'amministrazione stessa, collocando quest'ultima in una posizione di supremazia rispetto alla parte provata, a tutela del prevalente pubblico interesse alla pronta e regolare esecuzione dell'opera"; ed inoltre: TAR Lazio, sez. III, 22 settembre 1987, n. 1567, in TAR 1987, I, 3366; TAR Molise, 12 gennaio 1990, n. 2, in Giur. It., 1990, III, 1, 206.

²⁸⁷ Il riferimento era all'art. 27 del R.D. 25 maggio 1895, n. 350.

“risolutivo” dei contratti sinallagmatici, previsto dall’art. 1453 del codice civile in via generale, in favore di ciascuna delle parti per il caso di inadempimento dell’altra.

Osservò quindi l’Adunanza generale che, nell’ipotesi di risoluzione per inadempimento prevista dal codice civile ogni contraente ha la possibilità, per l’eventualità che l’altra parte si renda gravemente inadempiente, di chiedere la risoluzione del contratto o di ottenerla automaticamente (nel caso di clausola risolutiva espressa, ai sensi dell’art. 1456 c.c.) facendo valere il proprio interesse al rispetto del contratto e, quindi, il vizio di realizzazione della causa per la quale lo stesso è stato stipulato.

Nel caso, invece, dell’art. 340 della legge sui lavori pubblici – affermò l’Adunanza Plenaria – la potestà di rescissione del contratto sarebbe stata conferita alla sola amministrazione pubblica; essa, inoltre, sarebbe stata prevista in un vasto ventaglio di ipotesi, non attinenti semplicemente ad un qualificato inadempimento della parte privata, ma che, più ampiamente, si riferivano alla negligenza o ad una frode ai danni dell’amministrazione stessa, nonché alla mera contravvenzione da parte dell’appaltatore agli obblighi ed alle condizioni stipulate.

Ritenne, pertanto, il Consiglio di Stato che la maggiore ampiezza delle ipotesi previste quale presupposto per l’emanazione della delibera di rescissione, avrebbe delineato un “potere diverso”, per il cui esercizio era stato previsto dall’ordinamento “uno specifico obbligatorio procedimento”, nel quale risultavano coinvolte parte pubblica e parte privata.

Con la conseguenza che ritenne coerente attribuire alla potestà di cui all’art. 340 “un suo significato e una sua specifica ragione di essere”, tenuto anche conto che, diversamente, essa avrebbe rappresentato “una inutile ripetizione” delle disposizioni civilistiche in materia di risoluzione per inadempimento.

Al fine di contestualizzare l’importante pronuncia dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato sopra riportata nei tratti principali, occorre

rilevare che la maggiore ampiezza delle ipotesi previste dall'art. 340, rispetto al mero inadempimento contrattuale, si doveva in quel momento al fatto che detta norma considerava unitariamente le diverse ipotesi di rescissione del contratto: per frode, negligenza ed inadempimento²⁸⁸.

Inoltre l'*iter* procedurale era disciplinato dagli articoli 27, 28 e 29 del regolamento 25 maggio 1895, n. 350, che prevedeva un procedimento in contraddittorio con l'appaltatore e che, soprattutto, terminava con un decreto emanato dal ministro, sulla cui natura pubblicistica appariva, in effetti, difficile dubitare²⁸⁹.

E' stata inoltre sottolineata²⁹⁰, in tale contesto, la rilevanza della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'8 aprile 1976, n. 1224, con la quale, da un lato, si confermò la giurisdizione del giudice ordinario sulla rescissione prevista dall'art. 340 della legge sulle opere pubbliche, dall'altro lato, si affermò che nell'ipotesi di frode, ricompresa in quella norma, avrebbe potuto rientrare non soltanto la frode relativa al contratto intercorrente tra le parti, ma anche qualsiasi frode commessa dall'appaltatore "in danno dell'Amministrazione o di terzi". E poiché, secondo tale autorevole interpretazione, la frode avrebbe potuto essere collegata alla persona dell'appaltatore e non necessariamente alle vicende del contratto, se ne dedusse una qualificazione del potere esercitato dall'amministrazione ai sensi dell'art. 340 in termini di sanzione penale accessoria o di misura di prevenzione.

²⁸⁸ Solo con il regolamento di attuazione della Legge sui lavori pubblici D.P.R. 11 dicembre 1999, n. 554, le ipotesi di risoluzione – per frode, da un lato, e per inadempimento o ritardo, dall'altro lato – furono distinte e disciplinate separatamente; si veda GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 3670.

²⁸⁹ L'art. 27 del r.d. n. 350/1895, regolamento di attuazione della Legge n. 2248/1865 all. F, prevedeva, in particolare, una precisa scansione procedimentale per la contestazione degli addebiti, al termine della quale la rescissione veniva adottata mediante decreto ministeriale: CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912, nota 65.

²⁹⁰ ANCORA, *La "Rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, cit., 23-24.

E' importante osservare, infine, che a differenza della norma attualmente vigente, quella del 1865 prescindeva dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna penale, ritenendo sufficiente per la risoluzione il verificarsi di un fatto che potesse dal luogo al procedimento penale per frode²⁹¹.

Se, pertanto, per un verso, il potere esercitato dall'amministrazione appariva denso di connotazione pubblicistica, d'altra parte ancora più critica ne risultava l'attribuzione alla cognizione del giudice ordinario.

Si può affermare, in definitiva, che la dottrina tradizionale²⁹² e la giurisprudenza più risalente²⁹³ conferivano al potere di risoluzione

²⁹¹ CIANFLONE – GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 2003, 1177; TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 224, nota 53.

²⁹² CIANFLONE – GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 1999, 1003 e ss.: la posizione tradizionale assunta da tali autorevoli Autori prosegue le argomentazioni già tracciate dall'altrettanto autorevole dottrina che ai primi del novecento aveva tracciato i principi fondamentali del diritto amministrativo; si vedano in tal senso i riferimenti alla nota 24 a pag. 157 dell'opera citata. Secondo A. Cianflone e G. Giovannini, una delle caratteristiche dell'appalto di oo.pp. si presenta sotto il punto di vista delle deroghe al divieto dell'autotutela, che essi definiscono come uno dei principi fondamentali del diritto privato. Esempi tipici di tali deroghe sarebbero rappresentati proprio dagli artt. 340 e 341 della legge sui lavori pubblici del 1865, norme le quali presenterebbero la particolarità di incidere su un rapporto di diritto privato, in deroga al divieto di autotutela, che vale anche per la pubblica amministrazione, quando sia parte in rapporti negoziali. Secondo i predetti Autori l'attribuzione alla stazione appaltante di tali poteri andrebbe individuata, nell'appalto di opere pubbliche, nella "necessità di provvedere alle esigenze dell'interesse pubblico collegato al negozio ed impedire i danni che dall'osservanza del diritto comune potrebbero derivare ad esso". Essi ritengono, infatti, che mentre l'autotutela può dirsi connaturale alla pubblica amministrazione rispetto ai rapporti di diritto pubblico, invece con riferimento ai rapporti di diritto privato essa è invece eccezionale e solo una espressa norma di legge può accordarla (v. ivi pag. 157).

Si vedano anche PIAZZA, *Rescissione d'ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche. Problemi di tutela giurisdizionale dell'appaltatore*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1987, 721; GUARINO, *Opere pubbliche, Dizionario Amministrativo*, Milano, 1983, 1093; FRONTONI, *Brevi note in tema di rescissione d'ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. App.*, 1994, 416; MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, 290; MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., 141; RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 56; STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 54.

²⁹³ Si veda ANCORA, *La "rescissione" del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 18 e ss., con citazioni e riferimenti a sentenze emesse dalla Corte di Cassazione di Roma a far data dal 1881.

unilaterale da parte della pubblica amministrazione una connotazione marcatamente pubblicistica, riconoscendo natura provvedimento alla dichiarazione unilaterale adottata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 340 della Legge n. 2248/1865 all. F.

Appare utile osservare, ai fini del nostro studio, che le argomentazioni poste a sostegno di tale orientamento avevano già affrontato il tema della comparazione del citato art. 340 con due disposizioni civilistiche in senso lato omologhe, anche se emanate in contesti temporali diversi, individuate negli artt. 1454 e 1662 del codice civile del 1942²⁹⁴.

Quanto alla dottrina, alcuni autori aderirono alla prospettazione di cui alla citata sentenza dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n.7 del 12 aprile 1984 ed affermarono che i presupposti per procedere alla rescissione del contratto sarebbero risultati notevolmente più ampi per il fatto che le citate norme civilistiche avrebbero consentito il ricorso a forme di autotutela privata solo in presenza di un inadempimento qualificato.

Al contrario, l'art. 340, attraverso l'ampio riferimento alla negligenza, alla frode ovvero alla mera contravvenzione degli obblighi o delle condizioni stipulate, avrebbe configurato un potere molto più ampio e penetrante – e dunque ontologicamente diverso – rispetto a quello comunemente ammesso dal codice civile²⁹⁵.

Torneremo tra breve sul punto, contestualizzando le nuove norme regolatrici l'istituto della risoluzione del contratto di appalto per inadempimento dell'appaltatore, per analizzare nuovamente la natura del potere ivi previsto, formulando una rinnovata analisi di confronto di tale disciplina rispetto a quella dettata dagli articoli 1454 e 1662 del codice civile.

Tuttavia, allo scopo di meglio comprendere quale sia stato l'iter che ha condotto alla formulazione dell'attuale istituto risolutorio, occorre

²⁹⁴ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 911.

²⁹⁵ MICHIAIRA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, Padova, 1997, 71; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 911.

ulteriormente rappresentare che a fronte della descritta posizione tradizionale - nonostante apparisse predominante l'idea che la delibera di rescissione avesse natura pubblicistica - la qualificazione della natura della dichiarazione di rescissione rappresentava ancora un nodo tutt'altro che risolto.

Di ciò si ebbe riprova in occasione della emissione di tre sentenze, in contraddizione tra loro su aspetti di rilievo, rese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'anno 1984, proprio in tema di rescissione dell'appalto di opere pubbliche.

Come rilevato da attenta dottrina²⁹⁶, una delle tre sentenze statuì la natura privatistica dell'atto di risoluzione, mentre le altre due le attribuirono natura provvedimentale.

²⁹⁶ BARONE, Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 17 novembre 1984, n. 5841; Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 17 novembre 1984, n. 5840 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 22 settembre 1984, n. 4819, in Foro Italiano, 1985, I, 131. Premette l'Autore che "... le sent. 5841 e 4819 affrontano, in particolare, il problema della configurabilità della giurisdizione del giudice ordinario in controversie promosse dall'appaltatore con riferimento a "provvedimenti" di rescissione dell'appalto adottati dall'amministrazione ai sensi dell'art. 340 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, mentre la sent. 5840 verifica la possibilità di riconoscere la giurisdizione del medesimo giudice in causa più articolata, instaurata dall'aggiudicatario dell'appalto dei lavori di completamento della rete idrica e fognante di un comune, anche in relazione alla delibera di quest'ultimo di risoluzione del contratto, dal fondamento normativo imprecisato". Rileva quindi che le tre sentenze giungono alla medesima conferma della devoluzione della competenza al giudice ordinario della cognizione delle domande poste contro la pubblica amministrazione, tuttavia: a) la sentenza 5840 "muovendo dal rilievo, da ultimo ribadito da Cass. 29 settembre 1984, n. 4832 ... che l'appalto di opere pubbliche, in quanto concluso dalla p.a. utilizzando la propria autonomia negoziale, è un contratto, il quale, per la parte non derogata dalla disciplina speciale, è regolato dal diritto comune, afferma che gli atti con cui si esprime la volontà della p.a. "non hanno natura provvedimentale, non incidono autoritativamente nella sfera patrimoniale della controparte e non si sottraggono al sindacato del giudice ordinario, perché non possono prescindere dalla parità di posizione dei soggetti del rapporto e dalla corrispettività delle prestazioni che ne derivano"; b) la sentenza 5841 definisce la rescissione ex art. 340 della legge sulle opere pubbliche come "provvedimento amministrativo emesso nell'esercizio del potere di autotutela dichiarativa previsto dalla norma che incide sul rapporto di diritto privato in corso tra le parti" e ritiene lo stesso provvedimento soggetto al controllo a posteriori del giudice civile, che pur non potendolo annullare "ne può ben dichiarare l'inefficacia in relazione all'oggetto della controversia"; la Corte aggiunge che nel caso di mancata proposizione di domanda di danni, il controllo del giudice "non si riduce alla sola valutazione della legittimità dell'atto, poiché la controversia investe direttamente il rapporto privatistico di appalto e, in particolare, concerne le conformità del comportamento

Quanto alle sentenze che attribuirono alla delibera natura provvedimento, la n. 5841 ricondusse la rescissione ex art. 340 all'esercizio del "potere di autotutela dichiarativa", mentre la n. 4819 fece riferimento al "potere decisionale di autotutela"²⁹⁷.

Ed ancora, la sentenza n. 5841 ritenne possibile la proposizione, dinanzi al giudice ordinario, della domanda diretta ad ottenere la dichiarazione di illegittimità o inefficacia della rescissione, anche in mancanza di richiesta di risarcimento danni.

La n. 4819 – riprendendo la giurisprudenza precedente – sembra abbia ritenuto proponibile la domanda solo al fine di ottenere il risarcimento del danno; la n. 5841, sembrò invece ammettere la dichiarazione di inefficacia della rescissione, mentre la n. 4819 ridimensionò gli effetti della disapplicazione, avendo ritenuto irreversibile l'effetto risolutivo determinato dalla dichiarazione unilaterale di rescissione.

Si può affermare che all'esito delle citate sentenze rese dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, il dibattito sulla natura della delibera di rescissione, gli effetti della stessa e le forme di tutela apprestate dall'ordinamento a tutela dell'appaltatore nel caso in cui la dichiarazione unilaterale di rescissione fosse stata dichiarata dall'amministrazione in carenza di presupposti, risultava, se possibile, ancora meno chiaro.

dell'appaltatore al contenuto delle obbligazioni a suo carico, con la verifica, sia pure ex post, delle condizioni di legge per la risoluzione del contratto, sicché, ove sia accertata l'insussistenza di tali condizioni, il provvedimento di autotutela, rivelatosi illegittimo, siccome emesso dall'amministrazione in carenza nel caso concreto del relativo potere, sarà perciò, in via incidentale, disapplicato"; c) la sentenza 4819 attribuisce alla rescissione la qualifica di provvedimento, quale "atto di potere decisionale di autotutela che non deriva dal contratto e dalla legge del contratto non è regolato, ma è originariamente in modo autonomo attribuito all'ente pubblico e sul contratto e sul rapporto che ne deriva influisce (per così dire) dall'esterno"; in tale ottica, al giudice ordinario è inibito "di pronunciare statuizioni che presuppongano o realizzino il mantenimento o il ripristino del contratto autoritativamente risolto e ne impongano, direttamente o indirettamente, l'esecuzione da parte dell'ente pubblico committente, risolvendosi praticamente nell'annullamento e nella revoca dell'atto di esercizio del potere"; in definitiva, al giudice ordinario compete soltanto il potere di "sanzionare l'accertato inadempimento mediante le opportune statuizioni risarcitorie".

²⁹⁷ Con più puntuale aderenza alla precedente sentenza n. 1224 del 1976, per la quale la rescissione è un esempio tipico di autotutela decisoria: BARONE, Nota cit., 134.

Non soltanto i nodi centrali del problema non erano stati affrontati dalle Sezioni Unite, ma la molteplicità di soluzioni proposte, alcune delle quali tra loro configgenti, contribuirono ad aprire la strada a nuovi tentativi di razionalizzazione dell'istituto.

Ciò che appare evidente, rispetto alla particolarità delle tre sentenze emesse dal supremo consesso civile, è che ancora in quegli anni si sentiva la necessità di porre mano alle criticità derivanti dall'esercizio nei confronti dell'appaltatore, da parte dell'amministrazione, di un potere (ritenuto) pubblicistico non avente l'effetto di degradazione del diritto soggettivo in interesse, bensì incidente in via diretta, definitiva ed irreversibile sull'efficacia del contratto intercorso tra le parti.

Tale contestualizzazione sembra trovare conferma dai successivi sviluppi giurisprudenziali.

Ed ecco, infatti, che con la sentenza n. 557 del 7 novembre 1984, il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, affermò la giurisdizione del giudice amministrativo sull'esercizio del potere di cui all'art. 340 della legge sui lavori pubblici, effettuando una ricostruzione della posizione dell'amministrazione in termini di soggetto dotato di "potere di imperio"²⁹⁸.

In termini analoghi si espresse con la sentenza n. 23 del 12 febbraio 1986 il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia – Lecce, anche se a causa di una probabile erronea interpretazione delle sentenze n. 4819/1984 e n. 5841/1984 emesse dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sopra esaminate²⁹⁹.

Occorre rilevare che le due sentenze TAR sopra citate rimasero pressoché isolate: ad esempio lo stesso Tribunale Regionale del Lazio,

²⁹⁸ ANCORA, *La "Rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, cit., 23.

²⁹⁹ ANCORA, *La "Rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, cit., 23, nota 14.

sempre Sezione III, con sentenza n. 1567 del 22 settembre 1987³⁰⁰ e poi ancora il Tribunale Amministrativo del Molise, con sentenza n. 2 del 12 gennaio 1990³⁰¹ confermarono il tradizionale indirizzo interpretativo, affermando la competenza del giudice ordinario “anche qualora siano stati esercitati poteri di autotutela da parte della pubblica amministrazione”³⁰².

Tuttavia è evidente come le stesse, reiterando la posizione precedente, non avessero esaminato frontalmente la problematica, avendo al contrario utilizzato una tecnica di richiamo inerziale alla posizione tradizionale, senza alcun intento di fornire un apporto al fine della risoluzione delle criticità derivanti dall’attribuzione al giudice ordinario della cognizione di atti aventi natura pubblicistica, incidenti sugli effetti del contratto.

In altri termini, nulla veniva modificato quanto ai limiti di sindacato derivanti dall’art. 4 della Legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, nonché quanto ai conseguenti vuoti di tutela che la pratica applicativa aveva evidenziato.

³⁰⁰ In TAR, 1987, I, 3366.

³⁰¹ In Giurisprudenza Italiana, 1990, I, 206.

³⁰² PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, Volume II, Milano 2005, 1323.

b) *Riparto, giurisdizione esclusiva e principi costituzionali.*

Il successivo mutamento del quadro normativo, con particolare riferimento all'ampliamento dell'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo³⁰³, introdusse nuove tematiche di dibattito.

All'esito dell'approvazione del D.Lgs 31 marzo 1998, n. 80 e della Legge 21 luglio 2000, n. 205, l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo in materia di appalti, indusse una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa, in un primo tempo, ad affermare la propria competenza anche nella fase di esecuzione del contratto³⁰⁴.

Così il Tribunale Amministrativo del Piemonte, Sezione II, con la sentenza n. 2019 del 26 ottobre 2001³⁰⁵, affermò che ai sensi dell'art. 33 D.Lgs 31 marzo 1998 n. 80, nel testo introdotto dall'art. 7 della Legge 21 luglio 2000, n. 205, "rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa alla risoluzione del contratto".

Ancora il Tribunale Amministrativo della Calabria – Reggio Calabria, con la sentenza n. 71 del 27 gennaio 2000³⁰⁶ avente ad oggetto la risoluzione unilaterale dei contratti di appalto disposta dall'amministrazione ai sensi dell'art. 345 della Legge n. 2248 del 1865 (recesso) ed il Tribunale Regionale della Calabria – Catanzaro, con la sentenza n. 147 del 25 febbraio 2000³⁰⁷, con riferimento alla rescissione unilaterale ai sensi dell'art. 340,

³⁰³ Sul tema dell'oggetto e della genesi storica della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, argomento vastissimo la cui trattazione in termini approfonditi esula dalle finalità di questo studio, si veda CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 307 e ss.; CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, 747 e ss.; CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 566 e ss.; GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 939 e ss..

³⁰⁴ PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, cit., 1323.

³⁰⁵ In Foro Amministrativo, 2001, 2887.

³⁰⁶ Su Diritto & Diritti, settembre 2002, nonché in Rivista Trimestrale Appalti, 2000, 542.

³⁰⁷ Su Repertorio UTET Pluris, nonché su Appalti, urbanistica, edilizia, 2001, 405.

affermarono sussistere la competenza del giudice amministrativo in entrambe le ipotesi, in quanto rientranti “sia pure in negativo, tra gli affidamenti di appalti pubblici”.

Si noti che nelle ultime due sentenze citate veniva sostenuta una sorta di simmetria, in termini pubblicistici, tra fase di affidamento e fase di scioglimento del contratto pubblico. Ed è interessante rilevare che le stesse avevano ad oggetto, la prima una delibera di rescissione ex art. 345 (recesso), mentre la seconda un atto di recesso ex art. 340 (rescissione).

Sul punto appare degno di nota l'intervento del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, con sentenza n. 1193 del 17 novembre 2000³⁰⁸, nella quale si fece espresso riferimento al un “certo orientamento”, secondo il quale “le controversie attinenti alla rescissione e alla risoluzione unilaterale dei contratti di appalto (artt. 340 e 345 della Legge n. 2248/1965, all.F)” andrebbero ricondotte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tuttavia, il TAR Piemonte non ritenne condivisibile detto assunto, “perché confonde il recesso dal rapporto negoziale con l'atto di revoca dell'aggiudicazione, quest'ultimo si qualificabile “atto negativo” rispetto al provvedimento conclusivo della fase pubblicistica di affidamento dell'appalto e quindi riconducibile alla procedura di scelta del contraente (v. TAR Toscana, Sez. II, 24 febbraio 1999, n. 224), laddove la risoluzione e la rescissione del contratto si raccordano piuttosto al negozio instaurato tra le parti e di questo conservano la natura privatistica che è propria della sfera di pertinenza del giudice ordinario”.

Interessante, in questa ultima sentenza, l'accento alla connotazione privatistica che sembrerebbe essere riconosciuta a risoluzione e rescissione del contratto di appalto pubblico: tuttavia, l'argomento non venne approfondito, ma solo lambito, con ciò non consentendo di trarne alcuno

³⁰⁸ Su Diritto & Diritti, settembre 2000; Repertorio UTET Pluris; Foro Amministrativo, 2001, 923.

spunto ricostruttivo; inoltre, occorre sottolineare che nessuna differenza strutturale e funzionale era rilevabile in sentenza tra quella che veniva denominata rescissione ex art. 340 (avente natura di risoluzione) e quella che veniva denominata risoluzione unilaterale ex art. 345 (avente in realtà natura di recesso).

L'accostamento tra i due istituti appare senza dubbio condivisibile solo in quanto entrambi aventi natura privatistica: tuttavia, poiché all'epoca la delibera di rescissione veniva ritenuta comunemente atto autoritativo avente natura pubblicistica, quanto affermato sulla comune natura privatistica dei due istituti potrebbe supporre sia stato dovuto più ad una imprecisa semplificazione, piuttosto che ad un consapevole intento di innovazione sul punto. Come abbiamo già avuto modo di osservare, infatti, recesso e rescissione si differenziavano non poco, quanto a natura, struttura e funzione.

Occorre sottolineare, tuttavia, che contestualmente e successivamente al citato orientamento - che tendeva ad indicare la giurisdizione del giudice amministrativo in materia - la giurisprudenza maggioritaria³⁰⁹ confermò la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie riguardanti la rescissione del contratto di appalto di opera pubblica da parte della pubblica amministrazione³¹⁰, anche nei casi in cui la controversia avesse riguardato la

³⁰⁹ Si vedano: Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2000, n. 2435; TAR Toscana, Sez. II, 28 ottobre 1999, n. 850; TAR Lazio, Sez. I, 7 giugno 1999, n. 1217; TAR Piemonte, Sez. II, 4 marzo 1999, n. 109. Ritenevano, in particolare che quando la stazione appaltante si fosse avvalsa della facoltà di rescindere il contratto per gravi inadempimento dell'impresa, ai sensi dell'art. 340 della legge sui lavori pubblici del 1865, la controversia avrebbe investito in via immediata un rapporto giuridico ormai perfezionato ed operativo, con la conseguenza che riguardando posizioni di diritto soggettivo, la relativa cognizione sarebbe stata demandata alla cognizione del giudice ordinario: *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 1999, n. 258; Corte di Cassazione, Sez. I, 4 febbraio 2000, n. 1217 e 16 febbraio 1998, n. 1642; TAR Puglia – Bari, Sez. I, 18 gennaio 2000, n. 201; TAR Calabria – Reggio Calabria, 29 settembre 1999, n. 1179; TAR Lazio, Sez. II, 26 gennaio 1998, n. 102.

³¹⁰ Si vedano: TAR Friuli Venezia Giulia, 21 agosto 2001, n. 532, in *Giornale Dir. Amm.*, 2001, 1166; TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 13 novembre 2000, n. 6327, in *Foro Amm.*, 2001, 934; TAR Sardegna, 22 novembre 2000, n. 999, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 2002, 18.

materia dei servizi pubblici di cui all'art. 33, comma 1, del D.Lgs n. 80 del 1998³¹¹.

E' stata in proposito rilevata³¹² la contraddittorietà di alcune argomentazioni poste a sostegno di tale orientamento da parte di alcuni giudici amministrativi³¹³, in considerazione del fatto che la giurisdizione del giudice ordinario si sarebbe fondata sul fatto che si verteva in materia di diritti soggettivi: la debolezza dell'affermazione risultava palese per il fatto che nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva sarebbe spettata comunque alla cognizione del giudice amministrativo anche la cognizione dei diritti soggettivi coinvolti³¹⁴.

Ancora, sempre con riferimento alla materia degli appalti connessi alla giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, il Tribunale

³¹¹ Si veda TAR Calabria – Catanzaro, 11 maggio 2004, n. 1061, in Repertorio UTET Pluris, che – smentendo la precedente sentenza n. 147 del 25 febbraio 2000 su cui sopra, emessa dalla stessa sezione – afferma che “Il ricorso presentato per la rescissione del contratto di appalto, avente ad oggetto la realizzazione e la gestione del servizio di illuminazione votiva del cimitero per l’omesso versamento dei canoni all’amministrazione comunale, è inammissibile per difetto di giurisdizione, poiché tale controversia attiene ad una fase successiva (esecuzione del rapporto) rispetto all’affidamento dei lavori e dei servizi, che ai sensi degli artt. 6 e 7, L. 19 giugno 2000 n. 205, è deferita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo“. Ancora, conforme: TAR Calabria – Catanzaro, 17 novembre 2004, n. 2111, in Urbanistica e appalti, 2005, II, 235; Repertorio UTET Pluris.

Detto orientamento è stato ulteriormente ripreso dal medesimo TAR Calabria – Catanzaro, Sez. II, 11 febbraio 2008, n. 144 (su Repertorio UTET Pluris: voce competenza e giurisdizione civ. – opere pubbliche), che afferma espressamente di confermare l’orientamento già espresso dalla precedente sentenza n. 1061/2004.

Si vedano inoltre: TAR Liguria – Genova, Sez. II, 28 maggio 2008, n. 1133, in Repertorio UTAT Pluris e TAR Campania – Napoli, Sez. I, 21 febbraio 2000, n. 868, in Urbanistica e appalti, 2001, 420.

³¹² PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, cit., 1324, con tutti i riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

³¹³ Si vedano TAR Lazio, Sez. II, 26 giugno 2000, n. 5182, in Foro Amm., 2001, 719; TAR Puglia – Bari, Sez. II, 5 febbraio 2001, n. 278, in foro Amm. 2001, 1358.

³¹⁴ GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 939-940; l’Autore, con riferimento alla individuazione del perimetro della giurisdizione esclusiva riconosciuta dalla legge al giudice amministrativo, afferma che talvolta il Legislatore assegna l’intero contenzioso riguardante determinate materie alla giurisdizione del giudice amministrativo, con ciò superando il criterio di riparto affidato alla consistenza della contrapposizione diritti soggettivi / interessi legittimi. Prosegue l’Autore precisando che nelle controversie riguardanti la giurisdizione esclusiva, infatti, al giudice amministrativo è devoluta la cognizione “a prescindere dalla circostanza che si deduca la lesione di interessi legittimi o di diritti soggettivi”.

Amministrativo del Piemonte, con sentenza n. 295 del 9 febbraio 2002³¹⁵ precisò che la giurisdizione esclusiva nella materia dei pubblici servizi avrebbe riguardato le controversie afferenti alla fase di evidenza pubblica dell'aggiudicazione dell'appalto, mentre non vi sarebbero rientrate le controversie attinenti al momento dell'esecuzione dei contratti, con riferimento, pertanto anche alle questioni relative alla dichiarazione di risoluzione per inadempimento³¹⁶.

In tale variegato contesto, come si è visto, la giurisprudenza maggioritaria riteneva di reiterare il tradizionale convincimento che sosteneva, da un lato, la natura autoritativa della delibera di rescissione da parte dell'amministrazione e, dall'altro lato, la conferma della giurisdizione in capo al giudice ordinario³¹⁷, affermando che tale natura autoritativa non sarebbe stata idonea a "scalfire" la consistenza di diritto soggettivo della posizione acquisita dall'appaltatore a seguito e per effetto della stipula del contratto³¹⁸.

D'altra parte anche l'argomentazione con cui si tendeva a delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla sola fase di aggiudicazione non risultava affatto risolutiva, in quanto rimaneva comunque sul tappeto il problema dell'incidenza dell'esercizio del potere di rescissione sui soli effetti del contratto e non sui diritti soggettivi coinvolti; specularmente, restava il problema del *vulnus* al principio di effettività della tutela, derivante dai limiti al sindacato del giudice ordinario, rispetto ad un provvedimento al quale veniva attribuita natura pubblicistica.

Si veda in proposito la sentenza n. 5640 del 18 aprile 2002 resa dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione³¹⁹, con la quale, facendo riferimento ad un precedente delle stesse Sezioni Unite³²⁰, anche a seguito

³¹⁵ In Foro Amm. TAR, 2002, 345.

³¹⁶ Si veda anche TAR Umbria, 20 ottobre 1997, n. 519, in Foro Amm. 1998, 1847.

³¹⁷ PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, cit., 1324.

³¹⁸ TAR Sicilia – Catania, Sez. I, 1 ottobre 2002, n. 1650, in Foro Amm. TAR, 2002.

³¹⁹ Su Repertorio UTET Pluris, nonché su Foro Italiano, 2003, I, 1835.

³²⁰ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 72 del 30 marzo 2000.

dell'entrata in vigore degli artt. 6 e 7 della Legge 21 luglio 2000 n. 205³²¹, la giurisdizione del giudice amministrativo avrebbe dovuto essere esclusa nella fattispecie dedotta, in quanto avente ad oggetto l'impugnazione di una deliberazione di rescissione di un contratto di appalto pubblico, incidente nella fase di esecuzione del rapporto: "in questa seconda fase – sostengono le Sezioni Unite – resta operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario come giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative".

Le Sezioni Unite precisarono che anche se formalmente era stata impugnata dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio la delibera di rescissione del contratto, in ossequio al principio del cosiddetto

³²¹ La tematica può essere solo accennata, per quanto incidente sul nostro studio. Occorre pertanto rilevare che le Sezioni Unite, con la citata sentenza n. 5640/2002, affermarono che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, avrebbe comunque riguardato la sola fase procedimentale di aggiudicazione e non quella, successiva, di esecuzione del contratto. Peraltro, la Corte aveva precisato quanto sopra tenendo conto della intercorsa declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 33, secondo comma, del citato decreto legislativo per eccesso di limiti di delega (ad opera di Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 292), avendo devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione amministrativa – nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità, che in via esclusiva – alle controversie concernenti consequenziali, comprese quelle relative al risarcimento del danno. La Corte aveva inoltre aggiunto che alla controversia alla stessa sottoposta, avente ad oggetto l'impugnazione di una delibera di rescissione ex art. 340, non avrebbe potuto essere applicata neppure la Legge 21 luglio 2000 n. 205, tenuto conto che all'art. 6 (che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte dai soggetti nella norma stessa indicati) e all'art. 7 (che aveva sostituito gli artt. 33, 34 e 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998) si faceva comunque riferimento all'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, relativamente alle controversie "aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale". Con la conseguenza che i citati articoli 6 e 7 della Legge n. 205/2000, secondo la Corte "contemplano le procedure di affidamento degli appalti pubblici, e quindi si riferiscono alla sola fase pubblicistica dell'appalto (compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dei concorrenti), ma non si estendono a quella relativa all'esecuzione del rapporto".

petitum sostanziale, in funzione della *causa petendi*³²², sul piano sostanziale la controversia verteva sull'accertamento delle posizioni delle parti nella fase di esecuzione del contratto. Sarebbe pertanto spettato al giudice ordinario stabilire se l'Amministrazione avesse violato le clausole contrattuali e vulnerato il diritto soggettivo dell'appaltatore a proseguire nel rapporto; il relativo sindacato, secondo le Sezioni Unite, avrebbe avuto ad oggetto la verifica "in via incidentale" della "legittimità dell'atto rescissorio".

Si comprende come tale impostazione resolvesse certamente il problema del riparto, ma non risultasse confortata da un supporto teorico e sistematico, così da superare le criticità insite nello schema della incidenza dell'atto autoritativo sul rapporto negoziale, senza l'effetto di degradazione dei diritti (che non affievolivano), bensì sul rapporto negoziale, con effetto estintivo immediato ed irreversibile.

Altrettanto insoddisfacente apparve la posizione espressa dal Consiglio di Stato, sezione IV, il quale, con la sentenza n. 6325 del 29 novembre 2000³²³, in un caso di rescissione ex art. 340 di un appalto di lavori pubblici, con conseguenti pretese risarcitorie, affermò la giurisdizione del giudice ordinario argomentando sul perimetro entro il quale era stata conferita la giurisdizione al giudice amministrativo³²⁴, distinguendo tra sindacato sulle procedure di affidamento ed, invece, sui diritti patrimoniali consequenziali.

³²² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, cit. "ossia dell'intrinseca consistenza della posizione soggettiva addotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo (tra le più recenti: Cass. sez. un., 21 dicembre 1999, n. 915; 28 aprile 1999, n. 279; 10 marzo 1998, n. 2643; 14 febbraio 1947, n. 1398".

³²³ Su cui si veda PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, cit., 1325, il quale, tuttavia, ritiene che detta sentenza risulti maggiormente ponderata rispetto alle precedenti interpretazioni giurisprudenziali.

³²⁴ La motivazione era la seguente: "Dal raffronto degli artt. 6 e 7 L. 21 luglio 2000 n. 205, appare evidente come la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie relative a procedure di affidamento dei lavori, servizi o forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, sia distinta dalla omologa devoluzione contenuta nell'art. 33 comma II lett. e), nel testo riformulato dall'art. 7 della richiamata L. n. 205 del 2000,

Restava infatti irrisolta, anche rispetto a tale interpretazione, la questione dell'effettività della tutela fornita dal giudice ordinario, in quanto si confermava comunque la definitività degli effetti derivanti dalla dichiarazione di rescissione, alla quale avrebbe potuto seguire esclusivamente una tutela di tipo risarcitorio.

Quanto alla coeva giurisprudenza civile, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la citata sentenza n. 72 del 30 marzo 2000³²⁵ - avente a riferimento una controversia in materia di appalto di fornitura di pasti per le scuole comunali - confermarono che le questioni in materia di risoluzione per inadempimento del fornitore del contratto di appalto spettassero al giudice ordinario.

E' interessante tuttavia sottolineare l'aggancio, in motivazione, ad una "lettura costituzionale della disciplina" – che di fatto anticipava la successiva censura effettuata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 - al fine di escludere che rientrassero nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi (come introdotta dall'art. 3 del D.Lgs. n. 80/1998) "le controversie attinenti al momento esecutivo di contratti di appalto di fornitura stipulati dal gestore del servizio pubblico per l'acquisizione di beni e/o prestazioni strumentali al servizio stesso".

Le problematiche connesse alla inclusione o meno della materia oggetto del nostro studio all'interno della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo giunsero ad una importante definizione a seguito della emanazione della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004³²⁶, nonché, successivamente, a seguito della positivizzazione

concernente i diritti patrimoniali consequenziali relativi alla sola materia dei servizi pubblici".

³²⁵ Si veda sopra, nota n. 222; in Giustizia civile, 2000, I ed in *Studium iuris*, 2000, 714.

³²⁶ L'argomento richiederebbe approfondimenti non percorribili in questa sede. Si rimanda, in proposito, alla interessante analisi di BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 47 e ss.: l'Autore illustra i profili storici e le caratteristiche strutturali del sistema giurisdizionale italiano, che egli descrive per essere nato con una "anomalia congenita", rappresentata da "un dualismo costruito sopra una base

della disposizione di riferimento sulla giurisdizione esclusiva, attualmente rappresentata dall'art. 133 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. codice del processo amministrativo³²⁷.

Tenuto conto della lettera della citata norma, viene attualmente ritenuto³²⁸ che, “in linea di massima”, rientrino nel perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo soltanto le controversie relative alla fase pubblicistica di selezione del contraente e non anche, “tendenzialmente”, quelle coinvolgenti gli atti che la stazione appaltante dovesse porre in essere nella fase successiva di esecuzione del rapporto contrattuale.

monistica non rimossa”. Ciò avrebbe prodotto “un criterio di riparto incerto ed instabile”, con conseguenti incertezze in termini di effettività della tutela. Tuttavia, osserva l'Autore (ivi 93), “Dalla sentenza n. 204 del 2004 in poi, in Italia il criterio di riparto non poggia più su una legge ordinaria monistica, ma su un principio costituzionale dualistico”. “Di questo cambiamento – prosegue l'Autore – risente anche la nuova formulazione del criterio di riparto, che è contenuta ora nell'art. 7 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010). Si tratta infatti di una formulazione imperniata sulla nozione di potere amministrativo ...”. Tuttavia, aggiunge Battini, con ciò coinvolgendo la centralità del nostro tema: “Certo resta sempre il problema di stabilire quando sia stato esercitato un potere, quando quel potere costituisca anche esercizio di una funzione amministrativa, distinguendosi da un potere privato, etc. Non si tratta di problemi semplici, ma sono le difficoltà del riparto di ogni “normale” sistema dualistico: una incertezza applicativa al margine, non una incongruenza ed instabilità del criterio da applicare”.

Si rimanda, inoltre a GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 940: con la sentenza n. 204/2004, la Corte costituzionale è intervenuta sugli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, riscritti dall'art. 7, Legge n. 205 del 2000, i quali avevano esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a tutte le controversie in materia di servizi pubblici, urbanistica ed edilizia. Tale previsione è stata ritenuta dalla Corte costituzionale non compatibile con l'art. 103 della Costituzione.

Nonché a CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 108 e ss sul “sottile confine tra poteri pubblici e poteri privati della P.A. ad il riparto di giurisdizione; 307 e ss. sull'analisi delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

³²⁷ Sul recepimento quasi integrale del Legislatore del 2010 della “manipolazione” del testo legislativo effettuato dalla Corte Costituzionale con la citata pronuncia n. 204/2004, si veda ancora CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 323.

Occorre sottolineare che l'art. 133 del codice del processo amministrativo prevede la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le altre ivi specificate, “e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsto dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

³²⁸ GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 942.

La cautela rilevabile dalle interpretazioni dottrinarie, come da testuale virgolettato, è tanto comprensibile, quanto significativa.

Occorre rilevare, pertanto, che in termini generali, nella materia del contratto di appalto pubblico, gli ambiti di competenza delle due giurisdizioni sono stati ricondotti nei due segmenti delineati da tempo dalla giurisprudenza, con specifico riferimento alla suddivisione dinamica del contratto stesso nelle fasi, da un lato, di scelta del contraente e di aggiudicazione, aventi entrambe natura pubblicistica; dall'altro lato, di esecuzione, fase connotata dalla pariteticità.

A distanza di decenni, pertanto, il quadro sembrerebbe risultare immutato.

Tuttavia appare innegabile che l'istituto della rescissione ex art 340 della legge sulle opere pubbliche del 1865, attraverso i passaggi dei quali si è brevemente dato conto, ha senza dubbio subito una rilevante evoluzione.

Per un verso, con riferimento alle interpretazioni giurisprudenziali conseguenti alla qualificazione del contratto di appalto (se avente natura pubblicistica o privatistica).

Ancora, con riferimento alla connessa, problematica individuazione della natura dell'atto unilaterale di rescissione.

Inoltre, con riferimento all'attenzione riposta verso la tipologia di potere esercitato dall'amministrazione, non poco peso hanno rivestito alcune importanti sentenze della Corte Costituzionale.

Infine, altrettanto rilevanti, quantomeno per l'attenzione che da esse è derivato per le posizioni soggettive oggetto di tutela, sono state le innovazioni legislative che hanno di volta in volta incluso e/o escluso alcune materie dal perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

c) *Codificazione della materia appalti e disciplina dell'istituto.*

Nella lunghissima parabola dell'istituto, a far data dal 1865 fino agli anni 2000, ed ancora dal 2006 (con il primo codice dei contratti pubblici) fino al 2016 (con l'entrata in vigore nel nuovo codice), nonostante la specifica materia degli appalti pubblici abbia ricevuto importanti ricostruzioni ed aggiornamenti - senza dubbio in considerazione della centralità che tale materia ha assunto negli anni - occorre prendere atto del fatto che la questione della rescissione/risoluzione per inadempimento dell'appaltatore sembra essere rimasta a lungo in secondo piano³²⁹.

Significativa, sotto tale aspetto, è la costante ed univoca ripetizione, da parte della dottrina che si è accostata negli anni al tema, della circostanza che la materia è risultata sostanzialmente invariata nel quadro giuridico previgente al codice dei contratti del 2006³³⁰.

³²⁹ Si vedano, con riferimento al nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n.16 del 18 aprile 2016, con respiro di sintesi: CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 436; FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 443; CAROLI CASAVOLA, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 451; LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 459; DI NITTO, *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 465; GALLI, *I settori speciali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 470; MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 476; DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 482; VELTRI, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 488; GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 495; D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 499; AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 505; ALBISINNI F.G., *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *Giornale di diritto pubblico*, 4/2016, 510.

³³⁰ Il riferimento è, come peraltro già evidenziato più volte nel testo, al fatto che prima del codice dei contratti del 2006 le modalità di scioglimento del contratto risultavano disciplinate sia dagli artt. 118 e ss. del D.P.R. n. 554/1999, con il quale era stato adottato il regolamento di attuazione della Legge n. 109/1994, sia dagli artt. 340, 341 e 345 della Legge n. 2248/1865, all. F, legge fondamentale sulle opere pubbliche. E' noto che questi ultimi articoli non erano stati espressamente abrogati da nessuna fonte normativa sopravvenuta, con la conseguente contemporanea vigenza di norme di rango primario – risalenti alla prima legislazione post unitaria – e di fonti regolamentari, con qualche

Di più, nonostante la codificazione della materia contrattualistica pubblica del 2006 abbia rappresentato un riordino da tutti giudicato necessario ed opportuno, in considerazione del fatto della frammentarietà della precedente disciplina, tuttavia è stato giustamente rilevato³³¹ che la sistemazione contenuta nel primo codice dei contratti pubblici non ha introdotto modifiche essenziali con riferimento all'istituto della risoluzione, ivi disciplinato agli articoli 135 e 136.

Si può peraltro anticipare che neppure la successiva, recentissima codificazione della materia dei contratti pubblici, avvenuta con il Decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, ha di fatto modificato gli istituti in esame, avendo operato in linea di massima una trasposizione delle norme preesistenti mediante accorpamento delle disposizioni in un numero inferiore di articoli, lasciando di conseguenza immutate (*rectius*: irrisolte) tutte le problematiche oggetto del nostro studio.

Avevamo peraltro già notato, per quanto accaduto in passato, che la formale denominazione dell'istituto come “rescissione” non aveva fornito all'interprete un concreto ausilio per analizzarne la natura, se pubblicistica o privatistica: simmetricamente, la qualificazione come risoluzione, di cui agli articoli 135 e 136 del codice dei contratti del 2006, così come riprodotta all'art. 108 del nuovo codice del 2016, in alcun modo è apparsa significativa di una più attenta disciplina dell'istituto, con specifico riferimento all'effettività della tutela dei diritti e degli interessi coinvolti.

Possiamo di conseguenza affermare che, anche attualmente, gli indici a cui fare riferimento per individuare i profili rilevanti dell'evoluzione dell'istituto, devono essere ricercati altrove.

conseguente problema di coordinamento: sul punto si veda CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, a cura di Fabio Saitta, Milano, 2008, 886-887.

³³¹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 887.

d) Riparto di giurisdizione e forme di tutela.

Appare interessante in proposito prendere le mosse da alcune sentenze emesse dai supremi consessi dei due plessi giurisprudenziali ancora prima dell'emanazione del codice dei contratti pubblici del 2006, nelle quali si afferma in termini netti e chiari la natura privatistica dell'atto di recesso e di risoluzione unilaterale.

Si legge nella sentenza n. 95 del 7 marzo 2001, emessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³³², che “il contratto di appalto di opere pubbliche è un contratto di diritto privato dal quale, una volta esaurita la procedura di affidamento dei lavori, sorgono diritti ed obblighi a carico di entrambi i contraenti. Da ciò consegue che gli atti con i quali l'Amministrazione esercita la facoltà di recedere dal contratto o di risolverlo unilateralmente, con prosecuzione d'ufficio dei lavori in danno dell'appaltatore inadempiente, non hanno natura provvedimentale e non debbono essere sottoposti all'esame del giudice amministrativo allorquando se ne contesti la legittimità, poiché la relativa controversia investe posizioni di diritto soggettivo, avendo ad oggetto il corretto esercizio di una facoltà accordata dalla legge ad uno dei contraenti in vista dell'interesse alla sollecita esecuzione dell'opera pubblica”.

Nella di poco successiva sentenza n. 14539 del 19 novembre 2001, emessa sempre dalle Sezioni Unite³³³, viene anche precisato che la giurisdizione del giudice ordinario non viene meno “laddove la decisione dell'autorità amministrativa, in ordine al rapporto, sia adottata nelle forme del provvedimento amministrativo che, nonostante tale connotato, non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti”.

³³² Si vedano: FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 183, nota 23; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 915, nota 73.

³³³ Si vedano ancora : FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 183, nota 23; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 915, nota 73.

Appare significativo, rispetto alla nostra indagine, il rilievo della netta posizione contrattualistica, espressa nella motivazione della prima sentenza citata, quanto alla natura negoziale dell'atto di risoluzione unilaterale.

Con l'altrettanto importante aggiunta della consapevolezza da parte della Corte, rispetto all'assunzione di tale posizione, del fatto che l'amministrazione avrebbe mantenuto il potere di disporre la "prosecuzione d'ufficio dei lavori in danno dell'appaltatore".

Ed infatti, l'espressa menzione in sentenza della fase di esecuzione d'ufficio, induce a ritenere ormai superata l'eccezione proposta dai fautori della natura pubblicistica della risoluzione, con riferimento all'incidenza della fase di esecuzione, successiva alla dichiarazione di rescissione, sulla natura della stessa dichiarazione.

Si è già rilevato, al contrario, che le modalità – eventualmente connotate da poteri esorbitanti - di esecuzione della risoluzione, non influiscono retroattivamente ai fini della qualificazione dell'atto risolutivo in sé.

In altri termini, un conto è determinare quale natura abbia detta dichiarazione, altro è, invece, come essa possa essere posta in esecuzione, una volta perfezionata³³⁴.

Altrettanto importante è quanto si legge nella seconda sentenza citata, con riferimento all'irrilevanza della eventuale emanazione della dichiarazione di risoluzione mediante un atto recante le forme di un provvedimento amministrativo, in quanto, anche in tale caso, la decisione

³³⁴ Si legga, in particolare, quanto rilevato da CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell'amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 311: "Per ciò che concerne il potere di estromissione con la forza dell'appaltatore dal cantiere, va detto che si tratta di un potere di autotutela esecutoria, da ricostruire sì in termini pubblicistici, ma distinto da quello di risoluzione d'ufficio del contratto, e non si vede quindi perché si debba fare ad esso riferimento ai fini della qualificazione pubblicistica di quest'ultimo". Aggiunge l'Autore nella nota 45 che "anche nell'ipotesi di recesso dal contratto ex art. 345 l. n. 2248/1985, all. F, cit. (ricostruito da dottrina e giurisprudenza, come si è visto, come mero atto negoziale) è previsto (v. art. 35, comma 3, r.d. n. 350 cit.) un potere di autotutela esecutoria, consistente nello sgombero di ufficio dei materiali non accettati dall'amministrazione che l'appaltatore non abbia rimosso dal cantiere nel termine prefissatogli".

dell'amministrazione opererà comunque nell'ambito "delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti".

Occorre rilevare che entrambe le sentenze citate riprendono quanto affermato nella precedente sentenza n. 1217 del 4 febbraio 2000, emessa dalla Sezione I della Corte di Cassazione³³⁵, nella quale si legge che qualora anche l'amministrazione avesse emesso un provvedimento unilaterale di risoluzione successivamente alla proposizione da parte dell'appaltatore dell'azione generale di risoluzione per inadempimento, il "provvedimento di rescissione del contratto ... non è di ostacolo all'esame e all'eventuale accoglimento" della domanda di risoluzione proposta dall'appaltatore, "tenuto conto che esso non incide autoritativamente sulle situazioni soggettive nascenti dal contratto. Queste, infatti, hanno carattere paritario e pertanto non degradano in conseguenza di detto esercizio in interesse legittimo, cosicché il giudice ordinario può sindacare l'effettiva esistenza delle condizioni che legittimino la suddetta rescissione".

In altri termini, la Cassazione ritenendo di poter trattare in unico contesto, ai fini del preventivo bilanciamento degli opposti interessi, sia la domanda di risoluzione generale per inadempimento proposta ex art. 1453 c.c. dall'appaltatore, sia la risoluzione unilaterale successivamente dichiarata dalla stazione appaltante, confermava espressamente la comune natura privatistica di entrambi gli istituti.

Si deve aggiungere, tuttavia, che nella stessa sentenza la Corte non si era spinta al punto di estendere il sindacato del giudice ordinario fino alla conseguenza del riconoscimento all'appaltatore adempiente una tutela piena, eventualmente conservativa del contratto³³⁶.

³³⁵ Su UTET PLURIS, Cassazione civile; si veda ancora CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 915, nota 73.

³³⁶ Ciò nonostante si affermi, nella stessa sentenza, che il sindacato del giudice deve consistere in una "indagine globale ed unitaria, coinvolgente il comportamento di ciascuna delle parti e l'influenza che esso ha avuto su quello dell'altra, in quanto l'unitarietà del rapporto obbligatorio non tollera una valutazione frammentaria e settoriale del comportamento del contraente, ma esige un apprezzamento complessivo, non potendo la rescissione essere utilizzata dall'Amministrazione per far valere inadempimento minori

Ed infatti, accertata e confermata la natura negoziale delle posizioni e la non rilevanza della eventuale emissione di un atto di rescissione, eventualmente anche nelle forme provvedimentali, la Corte aggiunge che “nel rispetto dei limiti interni delle proprie attribuzioni giurisdizionali”, il sindacato sarà limitato all’eventuale “disapplicazione in via incidentale del provvedimento che risulti illegittimamente adottato al di fuori delle ipotesi consentite, al fine di una pronuncia di risoluzione del contratto per colpa dell’Amministrazione e di condanna al risarcimento dei danni (Cass. 30 luglio 1996, n. 6608; Cass. SS.UU. 5 settembre 1986, n. 5432; 17 novembre 1984, n. 5841)”.

Osserviamo, in definitiva, che secondo la Corte di Cassazione, come si evince dalle citate sentenze, la natura privatistica dell’atto di rescissione unilaterale sembrava risultare ormai un dato acquisito.

Permane, tuttavia, il richiamo alla precedente e ormai datata giurisprudenza, che limitava il sindacato del giudice ordinario ad una tutela esclusivamente risarcitoria all’appaltatore, anche nel caso in cui fosse stato accertato che l’amministrazione avesse dichiarato risolto il contratto in assenza dei presupposti di legge.

Sul punto dovremo naturalmente ritornare.

Sul piano della giurisprudenza amministrativa, parimenti, il Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza n. 515 del 30 gennaio 2002, affermava che “le questioni nascenti da un contratto di appalto di lavori pubblici, dunque recesso, rescissione, nonché risoluzione unilaterale del rapporto, investono in via diretta ed immediata posizioni di diritto soggettivo scaturenti da un rapporto giuridico ormai perfezionato ed operativo, onde non può dubitarsi che ricadano nella giurisdizione del giudice ordinario. Le suddette questioni si collocano, infatti, nella fase di esecuzione del contratto di appalto

dell’appaltatore e non rispondere di propri più gravi inadempimenti che, nell’economia complessiva del contratto, ne giustificerebbero la risoluzione per sua colpa”.

(successiva a quella della scelta del contraente) e gli atti posti in essere dalla P.A. in tal frangente si caratterizzano per l'evidente natura negoziale".

Negli stessi termini si esprimeva il Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, con sentenza n. 603 del 18 aprile 2005³³⁷.

Anche per i giudici amministrativi, pertanto, risultava ormai acquisita la qualificazione in termini negoziali della dichiarazione unilaterale di risoluzione da parte della stazione appaltante.

Come per la giurisprudenza, nel frattempo anche la dottrina³³⁸, ha iniziato a proporre con maggiore convinzione una lettura dell'istituto in chiave prettamente negoziale.

I motivi che hanno condotto a tale significativa modificazione di prospettiva, sono stati individuati³³⁹ alla stregua di una duplicità di argomentazioni.

In primo luogo, grande rilevanza ha avuto, anche con riferimento alla nostra materia, la graduale, ma definitiva acquisizione di una nozione di attività contrattuale come strumento di carattere generale, utilizzabile dalla pubblica amministrazione anche con riferimento agli enti pubblici funzionali.

³³⁷ TAR Sardegna, 18 aprile 2005, n. 603, in *Foro Amministrativo* – TAR 2005, 1296: "Sono devolute alla cognizione del g.o. le controversie relative alla risoluzione per inadempimento di un contratto di appalto pubblico, ancorché disposte unilateralmente dall'amministrazione, attesa l'incidenza della disposta risoluzione su posizioni di diritto soggettivo e la natura negoziale e non provvedimentale degli atti con cui la stessa viene disposta". Si veda CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 915, nota 73.

³³⁸ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912. Si vedano, ivi, i riferimenti ad ANCORA, *La rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, 131; MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 687; GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 455, nonché GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, cit., 110, il quale ultimo Autore suggeriva il ricorso alla teoria degli atti amministrativi negoziali anche con riferimento alla risoluzione unilaterale, ritenendo che esso costituirebbe espressione di un diritto potestativo, tuttavia assoggettato nel suo esercizio alle regole pubblicistiche che disciplinano il procedimento amministrativo.

³³⁹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912.

E' stato rilevato³⁴⁰ che a far data dagli anni '60 del 1900, gradualmente il riconoscimento di una generale supremazia della pubblica amministrazione sugli amministrati non è sembrata più conciliarsi con un contesto generale assai più favorevole ad un modello di amministrazione consensuale: con la conseguenza che l'accordo ed il contratto hanno gradualmente occupato sempre maggior rilievo, sia nell'agire amministrativo, che nella riflessione teorica³⁴¹.

Le istanze tendenti ad un riconoscimento generale dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione hanno successivamente trovato un importante riconoscimento, in via positiva, con il già citato nuovo testo dell'art. 1, comma 1 *bis* della Legge n. 241/1990, come modificato dalla Legge n. 15/2005.

E' stato altresì rilevato³⁴² che detta norma ha codificato il principio pretorio dell'utilizzo, da parte della pubblica amministrazione, degli strumenti privatistici come alternativa generale all'esercizio del potere, nel senso del riconoscimento al negozio giuridico di una sorta di parificazione rispetto al provvedimento amministrativo. Con la conseguenza che l'amministrazione, laddove avesse dismesso i panni pubblicistici, avrebbe dovuto sottoporsi integralmente alla disciplina privatistica³⁴³.

³⁴⁰ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912.

³⁴¹ Si veda in proposito, SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1253.

³⁴² CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1554.

³⁴³ Con la precisazione che la "clausola di riserva" che chiude il comma 1 *bis*, riconoscendo la possibilità di agire secondo le norme di diritto privato "salvo che la legge disponga diversamente", dovrebbe far ritenere che la deroga risulti operante solo a fronte di un espresso divieto di impiego del diritto privato, "dovendosi invece escludere la differente opzione ermeneutica, volta a ritenere che la P.A. sia tenuta all'adozione di atti autoritativi in difetto di una espressa previsione che la autorizzi ad agire *iure privatorum*": così ancora CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1554.

Ed, ancora, tenendo comunque conto dei limiti derivanti dalla soggettività pubblica che caratterizza l'amministrazione, la cui attività, anche privatistica, sarebbe soggetta (oltre che al controllo sulla meritevolezza degli interessi ai sensi dell'art. 1322 c.c., così come per qualsiasi soggetto) anche al "vincolo della funzione istituzionale legislativamente attribuita alla P.A. contraente" (CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1555).

Ulteriore proiezione del principio sopra enunciato, si è avuta con l'enunciato di cui all'art. 2, comma 4, del codice dei contratti pubblici del 2006, secondo cui "per quanto non espressamente previsto nel presente codice l'attività contrattuale della P.A. si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal codice civile"³⁴⁴.

Su tali presupposti, si può affermare che la dichiarazione unilaterale della stazione appaltante di risolvere il contratto di appalto dovrebbe essere qualificato come un diritto potestativo e non, invece, come esplicazione di un potere amministrativo³⁴⁵.

D'altra parte, come abbiamo constatato, del tutto univocamente la giurisprudenza ha da lungo tempo qualificato, in via sistematica, la fase dell'esecuzione del contratto come una situazione paritetica, regolamentata dal diritto civile.

Su tale osservazione si innesta il secondo motivo che ha condotto la dottrina più moderna e sensibile al tema, al cambiamento di prospettiva, in senso favorevole ad una lettura dell'istituto della risoluzione in chiave negoziale: il riferimento è alla evidente "disonomia"³⁴⁶ fra la qualificazione in termini provvedimentali dell'atto di risoluzione e le conseguenze tratte dalla giurisprudenza in ordine al riparto di giurisdizione.

Più volte abbiamo insistito nel corso del nostro lavoro sulla criticità individuabile nella teorica tradizionale, la quale – avendo a presupposto la natura pubblicistica dell'atto di risoluzione – identificava il diritto potestativo di risolvere unilateralmente il contratto con un potere

³⁴⁴ Alla positivizzazione dei sopra citati principi, la dottrina fa riferimento anche per dichiarare definitivamente dissolti i dubbi interpretativi concernenti l'ammissibilità, nei confronti dell'amministrazione, delle discipline civilistiche di cui agli articoli 1341, comma 2, c.c., con riferimento alla necessaria approvazione specifica per iscritto delle condizioni generali vessatorie; degli artt. 1337 e 1338 c.c. in tema di responsabilità c.d. precontrattuale; dell'art. 1224 c.c. in tema di mora della P.A. anche prima della conclusione del procedimento contabile; nonché dell'art. 2932 c.c., in tema di soggezione, anche della P.A., all'obbligo di concludere il contratto, laddove la stessa, autovincolandosi, avesse sottoscritto un contratto preliminare: CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1558.

³⁴⁵ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 913.

³⁴⁶ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912.

autoritativo ed esorbitante, a fronte del quale, tuttavia, non si sarebbe verificata alcuna degradazione del diritto soggettivo dell'appaltatore ad interesse legittimo.

Tale costruzione è oggetto di argomentazioni di dissenso, da parte della più moderna dottrina, la quale ne ha sottolineato l'incoerenza³⁴⁷ rispetto alle regole generali tutt'ora vigenti in materia di riparto tra le giurisdizioni.

Nello specifico, è stato osservato³⁴⁸, con argomentazioni del tutto condivisibili, che la "singolarità" della tesi che configura la dichiarazione unilaterale di risoluzione come esplicazione di un potere autoritativo e discrezionale, sta nel fatto che non sussisterebbe la degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo.

Secondo tale dottrina una "ordinata costruzione dogmatica" imporrebbe un'indagine fondata sul diritto positivo, allo scopo di qualificare la suddetta dichiarazione in termini pubblicistici o in termini privatistici. Con la "conseguenza inderogabile" che, nel primo caso, si verterà in tema di interessi legittimi del privato, mentre nel secondo in tema di diritti soggettivi perfetti: *tertium non datur*³⁴⁹.

Si aggiunge che le "tesi che tendano a conciliare situazioni giuridiche eterogenee o sono apoditticamente affermate o risultano fondate su considerazioni non ossequienti ai principi emergenti dal diritto positivo".

L'analisi appare coerente e condivisibile.

E tuttavia, la materia è ancora densa di contraddizioni, come dimostra il fatto che a fronte di tali lucide argomentazioni, la citata dottrina non è giunta al conseguente e logico corollario secondo cui, laddove la natura della dichiarazione di risoluzione venisse qualificata come negoziale, ne

³⁴⁷ Si veda ancora CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 913.

³⁴⁸ MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 684

³⁴⁹ MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 684: gli Autori aggiungono che "Costruzioni tendenti a conciliare l'atto amministrativo discrezionale col diritto soggettivo appaiono in verità stridenti con gli schemi di teoria generale che postulano assetti concettuali consolidati, in quanto fondati su elaborazioni che hanno essenzialmente a base il diritto positivo".

dovrebbe derivare l'attribuzione di un potere di sindacato pieno al giudice ordinario, comprensivo di una possibile statuizione avente un effetto conservativo del contratto, se illegittimamente risolto dall'amministrazione.

Ed infatti, per un verso, gli Autori qualificano correttamente come privata la natura dei poteri esercitati dalla stazione appaltante con la dichiarazione unilaterale di risoluzione³⁵⁰; argomentano, inoltre, in termini altrettanto condivisibili sulla sostanziale identità tra la dichiarazione di risoluzione di cui alla legislazione speciale del codice dei contratti del 2006 e la norma di cui all'art. 1662 c.c.³⁵¹; criticano, infine, con argomenti puntuali l'impostazione tradizionale, che del tutto "impropriamente" qualificava il potere di cui all'art. 119 reg. come autotutela dell'amministrazione, "quasi che esso contenga un *quid pluris* rispetto al potere civilistico di provocare la risoluzione di diritto per inadempimento".

E tuttavia, per altro verso, nonostante tale corretta analisi ed impostazione del problema, la citata dottrina sembra cadere in contraddizione per il fatto di sostenere che la "irrilevanza" dell'eventuale forma di atto amministrativo della dichiarazione di risoluzione ex art. 136 del codice dei contratti pubblici del 2006, sarebbe dovuta al fatto che, in ogni caso, detto atto non sarebbe impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, ma dinanzi al giudice ordinario, "il quale peraltro non può annullarlo, ma soltanto disapplicarlo (qualora lo ritenga illegittimo) per condannare l'amministrazione al risarcimento del danno".

Si afferma, quindi, che la dichiarazione ha natura negoziale, ma non si dubita del fatto che il giudice ordinario possa solo disapplicarla: ovvero, si

³⁵⁰ In considerazione del fatto che "ogni provvedimento amministrativo ... allorché si innesta in un rapporto giuridico negoziale privato sul quale esprime poteri del tutto simili a quelli civilistici, perde la sua caratteristica di provvedimento per delinearsi come comune manifestazione di volontà negoziale": MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit. 686.

³⁵¹ Gli Autori osservano, infatti, che "a ben guardare, i rimedi della legislazione speciale concettualmente non presentano sostanziali differenziazioni rispetto agli analoghi istituti civilistici": MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 686.

ritiene sussistente una limitazione del giudice ordinario con riferimento ad un atto che, invece, si è detto e dimostrato avere natura negoziale.

Vero è che anche la Corte di Cassazione aveva ritenuto irrilevante – ai soli fini dell’attribuzione della giurisdizione - la circostanza che la dichiarazione di risoluzione fosse stata adottata con le forme del provvedimento amministrativo.

Possiamo aggiungere, tuttavia, che – andando oltre il profilo dell’attribuzione della giurisdizione - l’aspetto morfologico dell’atto rileva proprio in quanto non incidente sul contenuto e sulla sua qualificazione sostanziale in termini negoziali.

Detta forma pone in essere, al contrario, la modalità di attuazione dell’azione amministrativa mediante l’uso dello strumento negoziale e l’eventuale struttura provvedimentale (in quanto esito finale di un procedimento) non può che avere una rilevanza interna alla stessa amministrazione.

A tale proposito, parte della dottrina ha da tempo richiamato la nozione dei c.d. atti amministrativi negoziali³⁵², qualificando l’atto di risoluzione come un diritto potestativo, assoggettato nel suo esercizio alle regole pubblicistiche che disciplinano il procedimento amministrativo³⁵³.

Come più volte rilevato, non appare in proposito dirimente l’aspetto definitorio, purché si dia per acquisita la circostanza che la morfologia dell’atto non incide sulla sua natura sostanzialmente negoziale.

Di più, si osserva che la citata dottrina, sempre sulla scorta delle pur condivisibili premesse, invece di accedere all’idea di un possibile parallelismo tra sindacato pieno da parte del giudice ordinario sulla fattispecie di risoluzione anticipata ex art. 1662 c.c., da un lato, e sindacato sulla dichiarazione unilaterale ex art. 136 del codice appalti del 2006, dall’altro lato, viene indotta ad una inspiegabile attrazione della tutela

³⁵² GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra pubblico e privato*, cit., 110 e ss.

³⁵³ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912, nota 68.

prevista nell'art. 1662 c.c. nella sfera della insindacabilità da parte del giudice ordinario.

Si afferma, infatti, che “anche in tal caso il giudice ordinario, qualora ritenga illegittima la risoluzione, non può condannare l'amministrazione ad un *facere* (e cioè, costringerla a proseguire il rapporto con l'appaltatore), perché ciò costituirebbe una inammissibile sostituzione della volontà del giudice alla volontà dell'amministrazione”; il giudice potrebbe, di conseguenza, “soltanto condannarla al risarcimento del danno”.

Si deve rilevare in proposito che il limite della condanna della pubblica amministrazione ad un *facere*, quantomeno sul terreno civilistico, laddove la domanda non investa scelte ed atti autoritativi, sembra risultare superato, come dimostrano gli istituti già menzionati – primo fra tutti l'art. 2932 c.c. - rispetto ai quali è ormai pacifico che il giudice ordinario possa apprestare ogni forma di tutela, anche in forma specifica, verso la pubblica amministrazione inadempiente³⁵⁴.

Altra dottrina³⁵⁵, parimenti sensibile all'aspetto delle forme di tutela degli interessi che si contrappongono nella fattispecie risolutiva unilaterale nell'appalto pubblico, ha evidenziato con altrettanta chiarezza quanto appaia “contrario a buon senso, perché collide con tutti gli interessi in gioco, mantenere l'efficacia risolutiva di una determinazione che la P.A. ha senz'altro assunto, ma solo in quanto ha ritenuto che le tassative condizioni di legge sussistessero” .

³⁵⁴ Si vedano, da ultimo: Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 27 luglio 2016, n. 15427: “L'inosservanza da parte della Pubblica Amministrazione delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, ma anche per ottenere la condanna ad un *facere*, atteso che tale domanda non investe scelte ed atti autoritativi dell'Amministrazione, ma un'attività soggetta al principio del *neminem laedere*”; Cassazione Civile Sezione III, sentenza 14 giugno 2016, n. 12142; Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 18 marzo 2016, n. 5417; TAR Lazio Roma, Sez. I bis, sentenza 2 luglio 2014, n. 7034.

³⁵⁵ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, a cura di Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, Roma, 2008, 921 e ss.

Si rileva, peraltro, che laddove il committente pubblico dovesse ritenere di doversi sciogliere dal vincolo negoziale, avrebbe comunque a disposizione lo strumento specifico del recesso ai sensi del codice dei contratti pubblici. Pur con la conseguenza che, in tal caso, l'amministrazione si dovrebbe fare carico dei maggiori oneri ivi previsti in favore dell'appaltatore.

Di più, in termini altrettanto netti e coerenti, la citata dottrina qualifica come “inerziale” l’insegnamento prevalente che riconnette all’attribuzione della giurisdizione del giudice ordinario, anche “una limitazione dell’ambito di tutela attivabile da parte dell’appaltatore che subisce l’atto di risoluzione”³⁵⁶.

La tesi proposta dal Pellegrino trova fondamento nella già citata sentenza n. 5841 del 17 novembre 1984, emessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella cui motivazione si legge, tra l’altro, che “la controversia investe direttamente il rapporto privatistico di appalto, concernendo in particolare la conformità del comportamento dell’appaltatore al contenuto delle obbligazioni a suo carico, con la verifica, sia pure *ex post*, delle condizioni di legge per la risoluzione del contratto, sicché ove sia accertata l’insussistenza di tali condizioni, il provvedimento di autotutela rivelatosi illegittimo, siccome emesso dall’amministrazione in carenza, nel caso concreto, del relativo potere, sarà perciò in via incidentale disapplicato”.

Tuttavia l’Autore si spinge oltre la soluzione della disapplicazione della dichiarazione di risoluzione, la quale, secondo tale opzione, manterrebbe la natura provvedimentale.

La novità della tesi³⁵⁷ consiste, infatti, nell’aver affrontato in termini di sistema il fulcro del problema, ovvero la natura della dichiarazione di risoluzione, evidenziando quanto non lasci soddisfatti la conclusione

³⁵⁶ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall’art. 134 all’art. 140*, cit. 923.

³⁵⁷ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall’art. 134 all’art. 140*, cit., 928.

secondo cui la dichiarazione “non sia pienamente sindacabile con ogni forma di tutela (*in primis* la disapplicazione), la dove il giudice accerti l’errore in cui la P.A. è incorsa nel ritenere sussistenti i presupposti di legge”³⁵⁸.

Ciò detto, qualora si ritenesse di restare comunque ancorati alla natura provvedimentale della dichiarazione, sarebbe comunque possibile aderire alla tesi, già indicata, che qualifica tale atto all’interno della tipologia degli atti negoziali amministrativi³⁵⁹. Tuttavia, occorre rilevare che tale costruzione teorica non rappresenta in termini concreti una soluzione, quanto piuttosto una efficace argomentazione, che potremmo definire utile al solo fine di evidenziare le criticità derivanti dalla ormai datata concezione della dichiarazione unilaterale di risoluzione come un atto avente natura pubblicistica.

E’ del tutto condivisibile, pertanto, il rilievo secondo cui occorre spingersi oltre, argomentando in favore di una diversa soluzione³⁶⁰.

³⁵⁸ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall’art. 134 all’art. 140*, a cit., 922.

³⁵⁹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 912, nota 68, 913.

³⁶⁰ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall’art. 134 all’art. 140*, cit., 928.

e) *Natura negoziale della dichiarazione, conformità ai principi costituzionali e conservazione del contratto.*

Afferma il Pellegrino che, a ben vedere, la dichiarazione di risoluzione risulta pacificamente priva di qualsivoglia valenza autoritativa, con ciò intendendo la “idoneità a degradare ad interesse la posizione dei privati interessati”.

Tale premessa - sulla cui fondatezza abbiamo ripetutamente riflettuto nello svolgersi del lavoro - induce a ricondurre la posizione soggettiva sostanziale individuabile riguardo alla stazione appaltante, nell’ambito delle “facoltà riconosciute *ex lege* ad uno dei contraenti”, con la conseguenza che “l’accertamento del suo illegittimo esercizio ben potrebbe essere ricondotto nell’ambito propriamente inadempitivo (e violativo della buona fede contrattuale)”.

Così inquadrato il rapporto *inter partes*, il giudice ordinario non incontrerebbe alcun limite, con la conseguenza che potrebbe disporre “una condanna della P.A. (appunto quale contraente) al corretto adempimento”.

La fondatezza della tesi negoziale - secondo la quale la decisione della stazione appaltante di risolvere il contratto costituisce l’esercizio di un diritto potestativo riconosciuto dalle norme in tema di appalti pubblici - trae ragione, in particolare, dall’assimilabilità di tale potere di risoluzione agli analoghi strumenti di tutela civilistici, delineati dagli artt. 1454 e 1662, comma 2, c.c.³⁶¹.

Con specifico riferimento agli adempimenti relativi alla contestazione degli addebiti propedeutici rispetto alla dichiarazione di risoluzione, come previsti nel codice dei contratti pubblici, occorre infatti tenere conto della simmetrica previsione con riferimento in particolare alla risoluzione anticipata di cui all’art. 1662 c.c., seppure con gli adattamenti del caso.

³⁶¹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 913. Sul punto si veda oltre nel testo per uno specifico approfondimento.

La sostanziale identità strutturale delle due norme, dovrebbe consentire di ritenere che la relativa previsione non sia dovuta alla natura pubblicistica del potere esercitato, bensì che sia dovuta, più semplicemente, all'esigenza di garantire il contraddittorio con l'appaltatore, allo scopo di assicurare a quest'ultimo la possibilità di adempiere correttamente agli obblighi assunti, evitando la risoluzione del contratto³⁶².

Viene inoltre osservato che, fin dall'art. 119 del D.P.R. n. 554/1998 e poi con gli artt. 135 e 136 del codice del 2016, riprodotti nell'attuale art. 108 del codice dei contratti pubblici del 2016, detto potere non trova più legittimazione con riferimento a generici riferimenti alla contravvenzione di obblighi o di condizioni stipulate. Al contrario, la grave sanzione contrattuale della risoluzione è prevista solo a fronte di condotte dell'appaltatore configurabili alla stregua di inadempimenti qualificati, la cui intensità deve essere tale da pregiudicare la corretta esecuzione dell'opera³⁶³.

Anche con riferimento ai presupposti legittimanti la risoluzione afferenti all'affidabilità dell'appaltatore³⁶⁴, è stato da tempo rilevato che le accertate responsabilità penali per condotte fraudolente, anche se commesse ai danni di terzi, sono riconducibili senza eccessive forzature nell'ambito del profilo di necessaria affidabilità che deve caratterizzare colui che contratta con la pubblica amministrazione nel settore degli appalti³⁶⁵.

³⁶² CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 914.

³⁶³ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 914.

³⁶⁴ Art 108, comma 1, lettere c) e d), comma 2, lettere a) e b) del codice dei contratti pubblici del 2016.

³⁶⁵ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 914; GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 457; BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1987, 261, secondo il quale “fondamento per la risoluzione per inadempimento è l'esigenza di tutelare l'esigenza della parte a non essere più vincolata da un contratto resa inattuabile o inaffidabile dal grave inadempimento della controparte”.

MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Roma, cit., 695, pur confermando la natura privatistica dello strumento, rilevano che “quanto alla natura giuridica di questo tipo di risoluzione, sembra doversi escludere il suo inquadramento nella misura tipica della risoluzione per inadempimento, poiché alla base della risoluzione non vi

Quale argomentazione posta ad ulteriore sostegno in favore dell'accoglimento della tesi negoziale, assume notevole rilievo la circostanza della intervenuta abrogazione dell'art. 27 del R.D. n. 350/1865, ai sensi del quale lo scioglimento del rapporto negoziale veniva disposto con decreto del ministro: aspetto, questo, che risultava in passato difficilmente confutabile, in considerazione dell'indubbia connotazione pubblicistica che caratterizzava il provvedimento ministeriale.

L'adesione alla tesi che individua la natura della dichiarazione di risoluzione come negoziale, conduce alla conseguenza del superamento di ogni problema connesso alla tesi tradizionale, che nega il potere del giudice di ripristinare il rapporto contrattuale, pur in presenza di un atto risolutorio carente dei presupposti di legge.

Tale orientamento si fonda, infatti, sul presupposto della natura provvedimentale dell'atto di risoluzione, in funzione dell'applicazione del combinato disposto dagli artt. 4 e 5 della Legge n. 2248/1865, all. E, sui c.d. limiti interni della giurisdizione ordinaria³⁶⁶.

è alcun inadempimento in senso proprio. Si tratta, più propriamente, di condizione risolutiva del contratto (art. 1353 c.c.) legalmente sancita, i cui effetti non sono automatici, ma rimessi alla decisione dell'amministrazione, che può perciò avvalersi o meno di tale condizione in base ad apprezzamenti di sua competenza”.

³⁶⁶ Osserva, peraltro, TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 222, che “Del resto, è ormai andata consolidandosi la dottrina l'idea secondo la quale il principio costituzionale di una tutela giurisdizionale effettiva, piena e completa dei diritti soggettivi nei confronti dell'Amministrazione (art. 24 e 113 Cost.) consentirebbe al giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo non soltanto al fine di pronunciare sentenze di mero accertamento o di condanna al risarcimento dei danni, ma anche allo scopo di pronunciare sentenze di condanna aventi un diverso contenuto, perlomeno quando la pronuncia non coinvolga l'esercizio di un potere autoritativo della P.A. e abbia ad oggetto non già l'emanazione di un atto amministrativo, ma un fare materiale, come avverrebbe appunto nella specie”. Si veda il riferimento dell'Autore, ivi, alla nota 47, a TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 112-117; CARINGELLA, *Limiti interni e poteri del g.o. – Azioni proponibili e disciplina del processo*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis, V. Poli, Roma, 2009, 1052-1069, nonché il riferimento a NIGRO, *Giustizia amministrativa*, V edizione, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2000, 186 e ss., uno dei primi sostenitori della tesi, fondata sulla interpretazione costituzionale dell'art. 4 della Legge n. 2248/1865, all. E.

E' stato in proposito rilevato³⁶⁷ che la tradizionale interpretazione della nozione di atto amministrativo, quale "atto dell'autorità amministrativa", costituente la linea di demarcazione per i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, ha subito un'evoluzione della quale occorre dare conto.

In particolare, si sostiene che successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, un'interpretazione che identifichi l'atto amministrativo con "qualsiasi atto dell'Amministrazione posto in essere nell'interesse pubblico" non avrebbe più alcuna ragione di essere. Si aggiunge che la protezione dell'ordinamento non può riguardare "una qualsiasi modalità con cui l'Amministrazione persegua l'interesse pubblico, ma può essere solo ciò che già in base alla legge è soggetto ad un regime differenziato".

In definitiva, "La garanzia non può riguardare l'Amministrazione in quanto tale, ma può riguardare solo l'atto amministrativo, come espressione del "potere" dell'amministrazione (cfr. Art. 113, 3° comma, Cost.). Pertanto, là dove l'Amministrazione non esercita un potere conferitole dalla legge, non si può ammettere alcuna limitazione ai poteri del giudice".

Con la conseguenza che³⁶⁸, "Il limite interno della giurisdizione civile ... non va esteso a tutto ciò che non sia strettamente diritto privato, ma va circoscritto a tutto ciò che non sia previsto dalla legge come potere pubblico"³⁶⁹.

La conclusione cui è pervenuta la citata dottrina trova il terreno di applicazione nell'ambito dell'attività di diritto privato posta in essere dall'amministrazione, nel senso che alla caratterizzazione dei diritti nella dimensione sostanziale, non può che seguire una loro "proiezione nella

³⁶⁷ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 113.

³⁶⁸ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 114. L'Autore prosegue nelle pagine successive un interessante approfondimento, conseguente all'enunciato riportato nel testo, con riferimento alle tipologie di sentenze che il giudice ordinario può emettere nei confronti dell'amministrazione.

³⁶⁹ In giurisprudenza, si veda Cassazione, Sezioni Unite, 1 febbraio 1985, n. 651, dove si afferma che in relazione all'attività privatistica della pubblica amministrazione, il giudice ordinario non incontra i limiti imposti dagli artt. 4 e 5 della Legge n. 2248/1965 all.E.

tutela giurisdizionale”. Di conseguenza, “là dove l’Amministrazione non esercita un potere in senso stretto (si pensi, oltre che all’attività di diritto privato, anche all’attività svolta senza titolo, come nel caso delle occupazioni di fatto, ecc.) il giudice può assumere la sentenza di condanna o la sentenza costitutiva più idonea alla tutela del diritto fatto valere in giudizio”³⁷⁰.

Fondamentale appare il riscontro di tale enunciato rispetto ai principi costituzionali.

Occorre in proposito sottolineare che sul concetto di potere si è soffermata la Corte Costituzionale con la già citata sentenza manipolativa 6 luglio 2004 n. 204, in occasione della disamina dell’art. 34 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (come sostituito dall’art. 7 della Legge 21 luglio 2000 n. 205), nella parte in cui aveva devoluto alla giurisdizione esclusiva le controversie aventi per oggetto anche i comportamenti tenuti dalle pubbliche amministrazione.

La stessa sentenza aveva inoltre deliberato sull’art. 33 del D.Lgs. citato, avente ad oggetto una inammissibile inclusione di controversie attratte nell’amplessissimo *genus* del servizio pubblico, senza alcun concreto legame con un’attività provvedimentale ed autoritativa della pubblica amministrazione.

Ed ancora, la Corte Costituzionale, con la successiva sentenza 11 maggio 2006 n. 191, in materia di espropriazioni per pubblica utilità, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 53, comma 1, del D.P.R. 8 giugno 2001,

³⁷⁰ TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 115. Aggiunge l’Autore l’esempio dell’art. 68, comma 2, del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, come sostituito dall’art. 29 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, con riferimento alle controversie di lavoro fra i dipendenti dell’Amministrazione, con rapporto contrattuale o privatizzato, e l’ente pubblico datore di lavoro; la disposizione prevede che “il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti danna natura dei diritti tutelati”. Secondo l’Autore, la norma “esprime valori generali di adeguatezza della tutela rispetto alla “natura dei diritti” dedotti in giudizio e riflette l’assetto attuale dei poteri del giudice ordinario nei confronti dell’Amministrazione, quando il giudizio non verta su un potere amministrativo”.

n. 327 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazioni per pubblica utilità), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati, non aveva escluso i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Come rilevato da autorevole dottrina³⁷¹, le citate sentenze hanno avuto l'effetto di restringere la giurisdizione esclusiva alle materie in cui la pubblica amministrazione si presenta come autorità, spendendo un potere.

Al ridimensionamento della giurisdizione esclusiva – prosegue nell'osservazione il Caringella – ha fatto seguito l'effetto di una rinnovata centralità del criterio della *causa petendi*.

Ma soprattutto, l'Autore sottolinea il particolare rilievo dell'affermazione – in quanto avente carattere generale in tema di riparto delle giurisdizioni basate sulle posizioni soggettive – secondo cui “il G.A. è il giudice naturale non tanto e non solo del provvedimento, ma del potere dell'amministrazione”³⁷².

Si è visto, in definitiva, che la tesi che individua la natura negoziale della dichiarazione unilaterale di risoluzione, risulta fondata sotto il profilo

³⁷¹ CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 84.

³⁷² Si veda, in proposito, anche il riferimento giurisprudenziale che si legge in CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 84, nota 12: Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2007, n. 9: “La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non provi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconducibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto e provvedimento e non come via di fatto. Non si verifica il collegamento con l'esercizio del potere quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda”.

Sul punto si rimanda anche a BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 47 e ss.

dell'analisi dell'evoluzione storica dell'istituto, sotto l'aspetto della struttura dell'atto e della sua funzione.

Si è avuta, inoltre, conferma che l'accertamento di tale natura rappresenta un importante punto di partenza allo scopo di applicare i principi costituzionali derivanti dagli articoli 24 e 113, comma 1, della Costituzione, sotto il profilo della pienezza della garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione³⁷³.

E, come rilevato³⁷⁴, “se la tutela del diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione deve essere piena e completa, si deve anche permettere al giudice di emettere quel tipo di sentenza che sia più idoneo e adeguato per la garanzia del diritto fatto valere in giudizio”.

Al favore per l'accoglimento di tale impostazione soccorrono ulteriori argomentazioni.

Da un lato, tale soluzione consentirebbe di apprestare all'appaltatore una tutela piena, che porterebbe alla conservazione degli effetti del contratto, consentendone la prosecuzione, mediante la compiuta realizzazione dei lavori al prezzo stabilito.

Sotto altro profilo, si osserva che l'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante risulterebbe ancor più tutelato, in considerazione del fatto che sarebbe lecito presumere che l'amministrazione avesse dichiarato la risoluzione sul presupposto erroneo della sussistenza di un grave inadempimento contrattuale. E che, al contrario, una volta accertato che tale violazione non sussisteva, la migliore tutela per l'interesse pubblico, come valutato nella fase pubblicistica della scelta del contraente, sarà

³⁷³TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 223: “Oggi i principi costituzionali di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), di legalità e di tipicità degli atti amministrativi, uniti a quello già ricordato di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), impongono di escludere che i poteri del giudice ordinario possano trovare limiti se non di fronte a provvedimenti amministrativi (autoritativi) che siano espressione del pubblico potere conferito alla P.A. dalla legge”.

³⁷⁴TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 115.

rappresentata dalla prosecuzione dell'esecuzione mediante il completamento dei lavori concordati, al prezzo contrattuale stabilito.

Occorre infatti rilevare che un vuoto di tutela in favore dell'appaltatore che dovesse subire passivamente gli effetti definitivi di una ingiustificata risoluzione unilaterale, andrebbe ad incidere negativamente sul pubblico interesse oggetto di specifica valutazione a monte, nella fase pubblicistica relativa alla predisposizione del bando di gara ed alla scelta del contraente.

Sottovalutare tale aspetto potrebbe condurre a compromettere le garanzie assunte a tutela del pubblico interesse, alla cui salvaguardia sono finalizzate le procedimentalizzazioni poste a presidio della fase pubblicistica, prodromica rispetto alla stipulazione del contratto.

Non appare, peraltro, eccessivamente lontano dalla realtà immaginare che la stazione appaltante possa ritenere di scegliere l'opzione della dichiarazione di risoluzione, pur in assenza dei presupposti di legge, in considerazione dei minori costi rispetto all'istituto del recesso. Con la conseguenza che, in tale ipotesi, una carenza di effettività di tutela assumerebbe la connotazione di una indiretta violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione.

Non a caso, è stato anche rilevato³⁷⁵ come la possibilità di ottenere una tutela giudiziaria piena concorra a determinare quelle condizioni di parità, trasparenza e legalità, necessarie al fine di rendere effettiva e virtuosa la competizione tra i concorrenti. E' infatti evidente che una così incisiva limitazione di tutela a danno del privato appaltatore potrebbe rappresentare un motivo di dissuasione da parte degli imprenditori, alla partecipazione alle gare.

³⁷⁵ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 685.

f) *La previsione della tutela cautelare.*

Altro aspetto di primario rilievo viene evidenziato incidentalmente dalla stessa dottrina da ultimo citata³⁷⁶, laddove indica la “rapidità” quale ulteriore presupposto per una effettiva risposta da parte dell’ordinamento in termini di tutela.

Il rilievo appare fondamentale, con specifico riferimento al nostro studio.

Occorre infatti considerare che qualora anche venisse ammesso un sindacato pieno da parte del giudice ordinario sulla dichiarazione unilaterale di risoluzione, con poteri dispositivi in ordine alla conservazione degli effetti del contratto, il trascorrere del tempo necessario per ottenere un provvedimento giudiziale di condanna della stazione appaltante alla prosecuzione del contratto, molto probabilmente risulterebbe, in concreto, tardivo.

In altri termini, la durata del processo civile, notoriamente non breve, potrebbe vanificare l’effetto del riconoscimento dei poteri spettanti nella fattispecie al giudice ordinario, rendendo del tutto astratta, ovvero priva di utilità, sia l’analisi sistematica che dovesse condurre a tale risultato, sia gli effetti virtuosi, in termini di sistema, che da tale pienezza di tutela potrebbero derivare.

Ed infatti, riprendendo testualmente i precedenti articoli del codice del 2006, il nuovo codice dei contratti pubblici del 2016, all’art. 109, commi 6, 7, 8 e 9, reitera il procedimento di intimazione all’appaltatore dei brevi termini previsti per la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, per l’inventario dei materiali, delle macchine e dei mezzi d’opera con la relativa presa in consegna (comma 6). Altri stringenti adempimenti sono previsti nel caso in cui sia stato già nominato l’organo di collaudo (comma 7).

³⁷⁶ LINGUITI, *L’esecuzione del contratto. Disposizioni sull’esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 685.

Parimenti, nel termine assegnato, l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze (comma 9).

A sua volta, l'art. 110 dello stesso codice prevede che nel caso di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108³⁷⁷, le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori³⁷⁸.

La c.d. esecuzione d'ufficio o sgombero d'ufficio viene qualificata come un tipico esempio di autotutela esecutiva e *privilegium principis*³⁷⁹.

La *ratio* dell'istituto viene individuata nella tutela dell'interesse pubblico al conseguimento, nel minore tempo possibile, della disponibilità del

³⁷⁷ La medesima disciplina è prevista dal citato art. 110 anche per il caso di fallimento dell'esecutore, nonché di sottoposizione dello stesso a liquidazione coatta o a concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, ovvero, ancora, in caso di recesso dal contratto ai sensi dell'art. 11, comma 3, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, nonché, infine, in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto.

³⁷⁸ NAPOLEONE, *Il codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di Fabio Garella e Marco Mariani, Torino, 2016, 289. L'autore sottolinea giustamente che, tuttavia, l'affidamento deve avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.

Pertanto il nuovo contratto si caratterizzerebbe per la modificazione soggettiva *ex lege* della controparte contrattuale, secondo il metodo di scelta del contraente parimenti previsto *ex lege*, a fronte della immutabilità degli elementi oggettivi del contratto, con specifico riferimento al "completamento dei lavori", il cui oggetto, in termini quantitativi, viene individuato dalle attività (sotto tale profilo preparatorie) previste nel precedente art. 108, commi da 6 a 9.

³⁷⁹ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126; 129 – 141)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di Linguiti, Clarich, Fidone, Fonderico, Torino, 2010, 685; PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 935; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 929, secondo i quali i poteri attribuiti in tale contesto al committente "sembrano classificabili come una particolare *species* dell'autotutela esecutiva". Non potendosi qui trattare le notevoli problematiche connesse all'esecuzione amministrativa, si rimanda agli ultimi Autori sopra citati ed alle citazioni ivi indicate, nonché alla precisazione, sempre ivi rilevabile, secondo cui "la dottrina è prevalentemente orientata nel senso di ritenere che l'istituto in parola non sia necessariamente legato ad una fattispecie provvedimentale" (si veda, altresì il riferimento a SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995).

cantiere da parte dell'amministrazione che abbia risolto il contratto, così da consentire una rapida prosecuzione dei lavori³⁸⁰.

Si è già osservato che tale prerogativa, strutturalmente successiva all'atto di risoluzione unilaterale, non rileva ai fini della qualificazione in termini negoziali della natura di tale atto³⁸¹.

Tuttavia, quanto al profilo dell'incidenza sul contratto, nella fase temporale immediatamente successiva alla comunicazione della dichiarazione di risoluzione, l'autotutela esecutoria, laddove effettivamente esplicitata, non può non rilevare concretamente sulle posizioni soggettive coinvolte.

Occorre, a tale proposito, esaminare attentamente la disposizione di cui all'art. 109, comma 9, ultima parte, del codice dei contratti, che riprende testualmente il precedente art. 139 del codice del 2006.

La norma, dopo avere descritto i sopra rilevati obblighi gravanti sull'appaltatore successivamente alla comunicazione della dichiarazione di risoluzione da parte della stazione appaltante, afferma testualmente: "La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'art. 93, pari all'uno per cento del

³⁸⁰ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.; PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 935.

³⁸¹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 929: "essendosi (già) risolto il rapporto contrattuale, quel potere di "sgombero" previsto dalla norma in parola non può incidere sulle valutazioni attinenti alla natura (privatistica o pubblicistica) della risoluzione (del resto, quella disegnata dall'art. 139 è solo una facoltà dell'amministrazione, che potrebbe comunque ritenere opportuno avvalersi di strumenti genuinamente privatistici per rientrare nella disponibilità delle aree)".

valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni”.

E' pressoché univoca in dottrina l'interpretazione della disposizione contenuta nella norma citata, in termini complessi e contraddittori.

Occorre rilevare che gli Autori più propensi ad attribuire natura pubblicistica alla dichiarazione di risoluzione³⁸² non hanno avvertito la necessità di addentrarsi nell'analisi dell'istituto, proponendone una descrizione finalistica, quale ulteriore strumento posto a disposizione della stazione appaltante, tendente ad evitare il blocco-cantiere, in funzione di maggiore speditezza e rapidità nelle realizzazioni delle opere pubbliche³⁸³.

Diversamente, la dottrina più attenta alla tematica della necessità ed opportunità di attribuire all'appaltatore una pienezza di tutela a fronte della dichiarazione unilaterale di risoluzione³⁸⁴, ha sottolineato la rilevanza della disposizione e le criticità che dalla stessa possono evincersi.

Tutti gli Autori da ultimo citati sottolineano, nel commentare la norma, quanto essa rappresenti un inserimento alquanto discutibile, all'interno di una disciplina già di per sé non propriamente omogenea.

Quanto alla natura, il potere della stazione appaltante viene qualificato da alcuni come un “diritto potestativo” di paralizzare eventuali misure di tutela

³⁸² BACCARINI - CHINE' - PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, cit., 1586; COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, Torino 2011.

³⁸³ Gli Autori richiamati, inoltre, descrivono analiticamente le differenze ricavabili dall'esecuzione prevista dalla disciplina di diritto privato, dall'esecuzione d'ufficio, la cui peculiarità viene indicata nel fatto di essere un'esecuzione *absente iudice* (1587).

³⁸⁴ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit.; FISCHIONE, La risoluzione degli appalti pubblici tra diritto comune e diritto speciale, in *Archivio giuridico opere pubbliche*, 2008, 140; GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L'esecuzione*, cit., 3685; GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Tomo II, Roma, 2012, 1828; TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 930; LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126; 129 – 141)*, cit., 690; LINGUITI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, 2013, 1626; CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1544.

in forma specifica, richieste dall'appaltatore all'autorità giudiziaria, in relazione all'esercizio del potere di risoluzione dell'Amministrazione³⁸⁵.

Altri autori, pur senza definire tale potere, sollevano seri dubbi sulla "incoerenza"³⁸⁶ di tale previsione rispetto all' "inquadramento predominante in termini privatistici e paritetici della posizione delle parti successivamente all'affidamento dell'opera, stante l'attribuzione alla stazione appaltante di un potere "del tutto esuberante", con il conseguente rischio di affievolimento della stessa appetibilità della partecipazione a gare pubbliche da parte di possibili competitori"³⁸⁷.

E' stato anche rilevato³⁸⁸ che la norma potrebbe pregiudicare le note esigenze di contenimento della spesa pubblica, in considerazione del rischio che l'amministrazione sia successivamente tenuta a risarcire l'appaltatore che sia stato fatto sgomberare illegittimamente.

Tuttavia, l'aspetto che più ha preoccupato gli interpreti³⁸⁹ riguarda il fatto che la norma, che pure risulterebbe inserirsi in un solco già tracciato dal legislatore nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico³⁹⁰, è di fatto

³⁸⁵ GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Tomo II, Roma, 2012, 1828; parla di "diritto potestativo" anche LINGUITI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, 2013, 1626; GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L'esecuzione*, cit., 3685, descrive l'istituto come una "singolare alternativa, in caso di eventuali pronunce giurisdizionali che ritardino le operazioni di sgombero dei cantieri, che consente all'amministrazione di disattendere dette pronunce e depositare una garanzia pari all'un per cento del valore del contratto; in altre parole, è stata prevista, in via generale ed astratta, una modalità alternativa di esecuzione del provvedimento giurisdizionale concretamente reso".

³⁸⁶ LINGUITI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 1626

³⁸⁷ GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, cit., 1829.

³⁸⁸ FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 249

³⁸⁹ FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 249; PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 139.

³⁹⁰ Il riferimento è all'art. 55, comma 2, del D.Lgs. 104/2010 (codice del processo amministrativo), che prevede la prestazione di una cauzione cui subordinare la concessione o il diniego di una misura cautelare; in particolare PELLEGRINO segnala nella materia delle opere pubbliche, con riguardo alle infrastrutture strategiche, l'art. 14 del D.lgs. 20

finalizzata alla sostituzione della tutela in forma specifica con quella per equivalente, in funzione di ragioni di celerità dell'attività amministrativa.

Tale orientamento, generalmente non condiviso, si ritiene che giunga, con la norma citata, "all'estremo limite di compatibilità con il primario diritto costituzionale alla difesa e alla piena tutela giurisdizionale di diritti ed interessi, nonché con le stesse esigenze di contenimento della spesa pubblica", con "ulteriore strappo alle regole ordinarie del giusto processo, incidendo direttamente sulla cogenza dell'ordine del giudice, per di più, per volontà esclusiva di una delle parti"³⁹¹.

Con riferimento all'analisi della norma in esame, la dottrina più sensibile³⁹² pone all'attenzione degli interpreti due ordini di problemi: da un lato, posto che appare presumibile che la questione sarà sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, rileva che sarebbe auspicabile che la disposizione affidasse al prudente apprezzamento del giudice l'alternatività della misura.

agosto 2002, n. 190, con il quale è stato accentuato l'onere del giudice, in sede di esame delle domande cautelari, di farsi carico delle ripercussioni dell'emananda decisione sul pubblico interesse alla realizzazione dell'opera; per altro verso, ha previsto che, una volta stipulato il contratto tra stazione appaltante ed aggiudicatario, al ricorrente illegittimamente pretermesso può essere riconosciuta soltanto la tutela risarcitoria.

³⁹¹ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 139; aggiunge l'Autore che "Vi è infatti che, ad una stazione appaltante che sia risultata soccombente in un procedimento possessorio, cautelare o d'urgenza, relativo alla fase di sgombero del cantiere, con connesso ordine del giudice volto a mantenere l'appaltatore nel possesso del cantiere medesimo, viene attribuita facoltà di sottrarsi al rispetto dell'ordine giurisdizionale a fronte della mera prestazione di una garanzia a mezzo cauzione o fideiussione". Concordano sulla prospettazione di una violazione dei principi costituzionali indicati: CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 930; FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 249; GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, cit., 1829.

Non del tutto chiara appare la posizione espressa da CARULLO – IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2012, 1076, i quali affermano che "la norma consente alla P.A. sempre in via di autotutela, di non ricorrere a provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori oppure d'urgenza, inibenti o ritardanti il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze. Alla S.A. è infatti permesso, in alternativa ai provvedimenti menzionati, di depositare una cauzione su un fondo vincolato a favore dell'impresa appaltatrice ... salvo comunque la possibilità per l'appaltatore di adire le vie legali ai fini del risarcimento e dei danni".

³⁹² PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 139

Sotto altro profilo, l'Autore osserva che laddove l'orientamento in tema di tutela dell'appaltatore dovesse evolvere dall'attuale mera tutela per equivalente, verso l'ammissione di una tutela "pienamente ripristinatoria del rapporto contrattuale", in tal caso la norma finirebbe per produrre effetti estremamente rilevanti per gli interessi in gioco, dal momento che l'appaltatore avrebbe senza dubbio una spiccata preferenza per una tutela che consentisse la prosecuzione dell'attività di impresa, che, all'esito di un accertamento giudiziale sommario, avrebbe il diritto di conservare.

g) Il riconoscimento ex lege dei poteri del giudice ordinario.

Nonostante le numerose criticità rilevate, l'art. 108, comma 9, seconda parte, del codice dei contratti pubblici, appare estremamente interessante per la nostra ricerca.

Come rilevato da altra autorevole dottrina³⁹³, infatti, dalla lettera della norma si evince che “il Legislatore abbia voluto superare definitivamente la conclusione alla quale si perveniva in precedenza, in base alla impostazione di stampo pubblicistico, ammettendo che avverso la dichiarata risoluzione ed i suoi effetti (ed *in primis* quello di sgomberare il cantiere e le aree), possano adottarsi da parte del Giudice adito provvedimenti inibitori”.

In altri termini, la previsione testuale di una tutela cautelare, possessoria o d'urgenza, in opposizione rispetto alla dichiarazione unilaterale di risoluzione comunicata dalla stazione appaltante, rappresenta un incontestabile elemento a favore della ricostruzione dell'istituto in termini negoziali.

E' chiaro, infatti, che se il legislatore avesse ritenuto che la dichiarazione unilaterale di risoluzione avesse natura pubblicistica, quale espressione di un potere discrezionale, la tutela cautelare e d'urgenza sarebbe risultata inammissibile, a causa dei limiti interni alla giurisdizione posti al giudice ordinario dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

Per altro verso, occorre rilevare la complicazione ricostruttiva della norma – anch'essa innegabile – che deriva dalla previsione del diritto potestativo intestato alla stazione appaltante di paralizzare detta azione cautelare.

Se, quindi, la norma per un verso riconosce testualmente il potere al giudice ordinario di adottare provvedimenti cautelari o d'urgenza che impongano alla stazione appaltante la prosecuzione della esecuzione del contratto, per altro verso, la facoltà riconosciuta contestualmente alla stessa

³⁹³ CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1544.

stazione appaltante di paralizzare il provvedimento giurisdizionale, rende la *ratio* e la struttura della norma alquanto confusa e contraddittoria.

Occorre aggiungere che secondo la dottrina da ultimo citata la circostanza che il codice dei contratti non si occupi di definire la natura dell'atto di risoluzione o il confine della giurisdizione, starebbe a significare che l'attenzione del legislatore sarebbe quella di escludere in ogni caso, a fronte della cauzione, che i provvedimenti giudiziali possano essere eseguiti. Da ciò, a parere degli Autori, si rileverebbe una "rilevanza neutra" dell'autorità giudiziaria competente all'adozione del provvedimento³⁹⁴.

Che si concordi o meno con tale interpretazione, occorre rilevare che il dato oggettivo ricavabile dalla disposizione citata consiste nella previsione testuale di una tutela cautelare o d'urgenza, apprestata dal giudice ordinario nei confronti della stazione appaltante, contro una dichiarazione unilaterale di risoluzione, a tutela dell'appaltatore.

Si tratta di un importante punto di arrivo, che va oltre le incongruenze rilevabili nella disposizione.

E' chiaro, infatti, che la previsione di una tutela in senso lato cautelare o sommaria non avrebbe ragione di essere stata prevista, se non allo scopo di tutelare l'interesse alla conservazione del contratto, ovvero alla prosecuzione dell'esecuzione dello stesso, mediante una condanna all'esatto adempimento nei confronti dell'amministrazione.

E poiché la tutela cautelare appare ontologicamente strumentale rispetto al provvedimento definitivo a cognizione piena, appare chiaro che detta previsione apre la strada, sulla scorta di un dato normativo testuale, ad una interpretazione della materia che ammetta una tutela piena dell'appaltatore³⁹⁵.

³⁹⁴CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1544-1545.

³⁹⁵ Si veda in proposito LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 690: "Tale norma, da un lato, infatti, presuppone che l'appaltatore possa anche ottenere una tutela cautelare o d'urgenza finalizzata, evidentemente, a conservare all'esecutore la possibilità di eseguire i lavori, con

Occorre peraltro considerare che la circostanza che non è dato di conoscere quali esiti abbiano avuto le concrete applicazioni della norma - dal momento che non si rinvencono pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto l'art. 139 del codice previgente³⁹⁶ - lascia aperto l'interrogativo sulla possibile valutazione di compatibilità costituzionale della stessa: laddove il probabile profilo di illegittimità non potrebbe che essere individuato nell'attribuzione in favore di una sola parte contrattuale, del potere di paralizzare un provvedimento giurisdizionale sfavorevole.

In ogni caso, occorre prendere atto del fatto che un percorso interpretativo finalizzato al riconoscimento di una tutela effettiva sembra potersi concretamente fondare anche su un dato normativo.

Proseguiremo, pertanto, il nostro lavoro approfondendo l'analisi delle disposizioni relative alla risoluzione per inadempimento dell'appaltatore, per verificare se gli omologhi strumenti risolutivi previsti dal codice civile potranno fornire un utile apporto rispetto al tema della ricerca.

l'ulteriore conseguenza che si rinviene un dato testuale a sostegno della condivisibile tesi di chi ritiene che l'atto di risoluzione debba poter essere disapplicato o dichiarato inefficace dal Giudice ordinario". L'Autore rileva, tuttavia, che dall'altro lato, la stessa norma "svuota di contenuto la possibilità stessa di tutela giudiziaria in forma specifica appena individuata, poiché rimette alla stazione appaltante (e non al Giudice) la valutazione se sottrarsi o meno al rispetto dell'ordine giurisdizionale...".

³⁹⁶ GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, cit., 1829.

4- Struttura e funzione della risoluzione ex art. 108 del codice dei contratti pubblici.

L'attuale formulazione della norma che il nuovo codice dei contratti pubblici dedica alla risoluzione del contratto di appalto è rappresentata dall'art. 108.

Il legislatore ha riunito all'interno del predetto articolo le disposizioni già contenute nel previgente codice agli artt. 135, 136, 138 e 139.

Tra questi, gli artt. 136, 138 e 139 (i quali recano la disciplina della risoluzione per grave inadempimento e per ritardo, gli effetti della risoluzione, nonché le particolari forme di autotutela esecutiva riconosciute alla stazione appaltante dopo la comunicazione della risoluzione), salvo marginali modifiche lessicali, risultano di fatto trasposti nella nuova norma.

La disciplina di quella che veniva in precedenza denominata risoluzione per frode o per reati accertati, è stata invece arricchita con la previsione di nuovi presupposti di legittimazione, in particolare sotto il profilo della risoluzione facoltativa, in recepimento dei casi di risoluzione previsti in sede comunitaria (art. 44 Direttiva n. 23/2014; art. 73 Direttiva n. 24/2014; art. 90 Direttiva 25/2014)³⁹⁷.

Condividendo la distinzione tra le diverse tipologie di risoluzione reperibile nella recentissima manualistica³⁹⁸, l'istituto viene ripartito in risoluzione facoltativa (art. 108, comma 1), obbligatoria (art. 108, comma 2), per grave inadempimento (comma 3) e per negligente ritardo (comma 4).

³⁹⁷ NAPOLEONE, *Il codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, cit., 288.

³⁹⁸ MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 328; l'Autore non ritiene di distinguere, tuttavia, tra risoluzione per grave inadempimento e risoluzione per ritardo.

Tutte le fattispecie ricomprese nella norma, in aderenza a quanto ritenuto da parte della dottrina³⁹⁹, possono essere qualificate come ipotesi tipizzate di specifici inadempimenti contrattuali⁴⁰⁰.

Tale interpretazione appare condivisibile laddove si considerino incluse nel rapporto intercorrente tra le parti tutte le situazioni soggettive, attive e passive, che possano rilevare ai fini della scelta del contraente. Situazioni, qualità e qualifiche, individuate per legge, le quali devono sussistere e permanere nel corso di tutta la fase di esecuzione, in considerazione della rilevanza della fiducia che caratterizza il contratto di appalto.

³⁹⁹ GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 3678.

⁴⁰⁰ Con la precisazione che, come rilevato da LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 685, “i presupposti al cui ricorrere è data alla stazione appaltante la possibilità di risolvere il contratto, sono accomunati dal rischio che sono in grado di provocare in ordine alla buona riuscita dell'appalto. Rischio che, a differenza del grave inadempimento, ... non dipende da una circostanza che riguarda *direttamente* l'appalto in questione, bensì concerne l'affidabilità generale ed astratta della persona del contraente che si riflette, però, *indirettamente*, sull'appalto de quo”. Peraltro, osserva di seguito l'Autore, le circostanze tipizzate dal legislatore inducono a ritenere che “il rischio della cattiva riuscita dell'appalto sia piuttosto verosimile”.

Altra dottrina (CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 918) rileva che, fatto salvo il caso in cui l'adozione del provvedimento dell'autorità giudiziaria riguardi fatti e circostanze riconducibili al rapporto contrattuale in corso di esecuzione, “la risoluzione per reati accertati non trova fondamento in un inadempimento, in senso tecnico, addebitabile all'appaltatore”. La stessa dottrina, tuttavia, riconduce la legittimazione alla risoluzione alla “sopravvenienza di elementi idonei a compromettere la valutazione di affidabilità dell'imprenditore a suo tempo fatta dall'amministrazione in sede di gara”. Con la differenza che tale valutazione, che in sede di gara porterebbe necessariamente alla esclusione, nel nostro caso, consentirebbe alla stazione appaltante una “limitata ponderazione delle conseguenze connesse alla risoluzione”.

Altra dottrina ancora (MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 695) configura la risoluzione per reati accertati alla stregua di una condizione risolutiva del contratto, tipizzata dal legislatore, i cui effetti vengono rimessi alla decisione dell'amministrazione.

In ogni caso, sembra condivisibile l'osservazione secondo cui appare determinante la circostanza che nell'ambito del contratto le qualità dell'appaltatore assumono un rilievo essenziale (CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 919, nota 88); possiamo quindi osservare che eventuali, rilevanti modificazioni delle qualità soggettive dell'appaltatore, previste per legge, non possono non rappresentare un vizio funzionale del sinallagma, in quanto incidente sul momento dinamico della esecuzione del contratto, ovvero un inadempimento contrattuale.

Ed infatti, come viene autorevolmente rilevato⁴⁰¹, “l’obbligazione come rapporto non si esaurisce ed identifica nel singolo obbligo del debitore e/o diritto del creditore. Essa è punto di riferimento e raccordo di molteplici situazioni soggettive, sia passive che attive”.

Aggiunge Di Maio, nell’intento di descrivere la consistenza dell’obbligazione come “rapporto fondamentale”, che “l’obbligazione non può esaurirsi nel singolo obbligo (primario) del debitore o nel corrispondente diritto-pretesa del creditore”. Tale situazione appare più evidente nei rapporti nei quali la soddisfazione del creditore non si esaurisce con singole prestazioni caratterizzate dall’esecuzione istantanea.

Il contratto di appalto rientra in senso lato nei c.d. rapporti di durata, pur avendo chiara la struttura di contratto ad esecuzione prolungata che lo caratterizza⁴⁰². Secondo la citata dottrina, un rapporto obbligatorio in tal modo strutturato risulta contrassegnato da una propria tipologia di cause estintive, “nelle quali rileva anche il rapporto *fiduciario* che inevitabilmente si instaura tra le parti”.

Si può pertanto affermare che in tali tipi di rapporto “l’adempimento dei singoli obblighi non esaurisce il rapporto nel suo complesso”⁴⁰³.

⁴⁰¹ DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale*, Commentario del codice civile Scialoja – Branca, Libro quarto, obbligazioni artt. 1173 – 1176, Bologna – Roma, 1988, 85.

⁴⁰² RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 182

⁴⁰³ Non appare possibile in questa sede approfondire il tema della non univocità della nozione di inadempimento. Sia consentito il riferimento alla notazione effettuata da PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 39, nota 78. L’Autore distingue tra le diverse distinzioni, aventi ad oggetto, da un lato, le fattispecie del mancato adempimento della prestazione, definitivo o temporaneo, l’adempimento tardivo o quantitativamente o qualitativamente inesatto e, dall’altro lato, posizioni le quali analizzano il problema secondo angolazioni diverse, “connesse alle diverse ricostruzioni teoriche elaborate in ordine alla struttura ed alla funzione dell’obbligazione”. Si può porre, di conseguenza, l’attenzione sul “dover prestare”, con riferimento al comportamento del debitore, oppure sul “dover ricevere”, dando rilievo alla prospettiva del creditore. Altri autori – prosegue nella disamina il Putorti – “seppure con accenti diversi, inquadrando il rapporto nell’ambito delle fonti dalle quali esso trae origine, considerano l’interesse del creditore come il fine cui il rapporto è “tendenzialmente” diretto. In tal modo, l’obbligazione rappresenta per il debitore una regola di comportamento non fine a se stessa, bensì indirizzata alla realizzazione, che ove non soddisfatto può dar luogo a responsabilità per inadempimento”. In generale, sull’inadempimento e sul giudizio di responsabilità, si rimanda, con respiro di sintesi, a BIANCA, *La responsabilità*, Diritto civile, V, Milano

Appare corretto ritenere, pertanto, che la violazione del rapporto fiduciario derivante dal definitivo accertamento di reati commessi dall'appaltatore o la sottoposizione di questi a misure espressamente previste dalla normativa di riferimento, in quanto fattispecie significative e tipizzate della rottura del rapporto fiduciario tra le parti, non possono non essere comprese nel concetto di inadempimento rilevante ai fini della dichiarazione di risoluzione. Come peraltro rilevato in dottrina⁴⁰⁴, la legislazione speciale ha da tempo evidenziato una “tendenza del legislatore alla tipizzazione dell’inadempimento e alla conservazione del contratto”.

Rispetto alla fattispecie di grave inadempimento di cui al comma 3 dell’art. 108⁴⁰⁵, pertanto, le situazioni indicate nei commi 1 e 2 prevedono ipotesi di inadempimenti tipizzati; secondo parte della dottrina, esse

1994; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991; DI MAIO, *Obbligazione*, in Enciclopedia giuridica Treccani, XXI; GIORGIANNI, *L’inadempimento*, Milano, 1975; VISINTINI, *Inadempimento*, in Enciclopedia giuridica Treccani, XVI; MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (diritto vigente), in Enciclopedia del diritto, XXXIX, 1072; CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione* 1) Diritto civile, in Enciclopedia giuridica Treccani, XVI; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1953; OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in Scritti giuridici (già NDI, VIII), I, Milano, 1973.

⁴⁰⁴ Si vedano BENINCASA-CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, Torino, 2005, 2427. Gli Autori definiscono l’art. 1455 come “norma generale rispetto ad una serie di disposizioni contenute nel codice civile in cui la gravità dell’inadempimento è valutata con criteri diversi (si veda sub artt. 972, 1497, 1525, 1564, 1618, 1668, 1820, 1877, 1901, 1924)”. In queste ipotesi il potere discrezionale del giudice si presenta evidentemente ridotto rispetto all’art. 1455 c.c..

Gli Autori, inoltre, individuano due ipotesi contenute nella legislazione speciale (art. 5, legge 27-7-1978, n. 392 in tema di locazione di immobili urbani “in cui l’inadempimento viene qualificato grave laddove abbia ad oggetto il mancato pagamento del canone e siano decorsi venti giorni, ovvero degli oneri accessori, quando però, il loro ammontare superi quello di due mensilità del canone; art. 5, legge 3-5-1982, n. 203 in materia di contratti agrari, ambito in cui, secondo l’orientamento della giurisprudenza, “costituisce inadempimento grave, ad esempio, la violazione degli obblighi inerenti al pagamento del canone, alla normale e razionale coltivazione del fondo, alla conservazione e manutenzione del fondo e delle attrezzature relative (C. 1572/04)”. Secondo gli Autori, “le due ipotesi legislative speciali appena enunciate costituiscono un esempio di tendenza del legislatore alla tipizzazione dell’inadempimento e alla conservazione del contratto”.

⁴⁰⁵ La previsione di cui al comma 3 dell’art. 108, per quanto detto, si inserisce tra le norme che richiedono un criterio diverso di valutazione dell’inadempimento, rispetto alla norma generale rappresentata dall’art. 1455 c.c..

risulterebbero comunque vincolanti rispetto ai singoli contratti in forza della regola stabilita dall'art. 1339 c.c.⁴⁰⁶.

A nulla rileva, in contrario, il fatto che tali condotte o situazioni soggettive sopravvengano rispetto alla stipula del contratto oppure che la stazione appaltante ne sia venuta a conoscenza soltanto nel momento dell'esecuzione: la struttura stessa del contratto di appalto prevede che il tempo rappresenti uno dei fattori che ne caratterizzano la ontologica complessità, al punto da accomunarne alcune caratteristiche con i contratti di durata in senso stretto⁴⁰⁷.

E poiché, come si è visto, l'attività del debitore va riguardata in funzione dell'interesse del creditore⁴⁰⁸, è innegabile che la sopravvenuta conoscenza della carenza dei requisiti soggettivi previsti per legge, così come l'eventuale attività fraudolenta posta in essere dall'appaltatore per dissimulare tale circostanza, integra tutti i presupposti dell'inadempimento significativo ai fini risolutori.

⁴⁰⁶ GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L'esecuzione*, cit., 3673. Con conseguente conferma della natura negoziale dei poteri che da tale potere risolutorio derivano.

Sulla collocazione della norma di cui all'art. 1339 c.c. "sul piano degli effetti ... nel senso che con tale previsione il legislatore ha voluto integrare gli effetti del contratto, non essendogli concesso di incidere sulla fattispecie e cioè sul fatto", si veda BENINCASA, *Formalismo e locazione*, Milano, 2000, 168, nota 28, nonché il richiamo (ivi, 167, nota 27) all'autorevole opinione di IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 90 e ss., secondo il quale "A ben vedere, l'art. 1339 c.c. appare superfluo e meramente chiarificatore".

⁴⁰⁷ Si veda PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, in Quaderni di studi senesi, raccolti da Paolo Nardi, Milano, 2006

⁴⁰⁸ GIORGIANNI, *Inadempimento (Diritto privato)*, Enciclopedia del diritto, XX, Milano 1970, 861

a) *Risoluzione facoltativa.*

Con riferimento alla risoluzione facoltativa prevista all'art. 108, comma 1, lettere a), b), c) e d)⁴⁰⁹, l'effetto risolutivo ha come presupposto l'accertamento di una condotta, comunque riferibile all'appaltatore, che si pone in contrasto con il limite di resistenza dell'accordo – fissato per legge – avendo a riferimento la compatibilità degli effetti di tale condotta rispetto all'interesse pubblico dedotto in contratto.

Un'importante caratteristica di tale prima tipologia di risoluzione viene individuata dal legislatore nella facoltatività della stessa, in quanto alla stazione appaltante è concessa la possibilità di effettuare una valutazione sull'opportunità di procedere alla risoluzione, tenuto conto dello stato di

⁴⁰⁹ L'art. 108, comma 1, alla lettera a) prevede che, fatta salva la disciplina in materia di sospensione - per la quale, nel caso in cui le sospensioni durino per un periodo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori, o comunque per sei mesi complessivi, l'appaltatore può chiedere la risoluzione senza alcuna indennità – la stazione appaltante può dichiarare la risoluzione se il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'art. 106.

La lettera b) si riferisce alle modificazioni di cui all'art. 106, comma 1, lettere b) e c), quando siano state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo (per il quale, per i settori ordinari, il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale); si riferisce, inoltre, alle modificazioni di cui all'art. 106, comma 1, lettera e), nel caso di c.d. modifiche sostanziali con riferimento al superamento di eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; si riferisce, infine, alle modificazioni di cui all'art. 106, comma 2, (errori od omissioni progettuali), quando siano state superate le soglie comunitarie o le soglie ivi indicate nel dettaglio.

La lettera c) si riferisce al caso in cui l'aggiudicatario si sia trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1, (condanne per reati più gravi) con riferimento ai settori ordinari, oppure in una delle situazioni di cui all'art. 170, comma 3, (requisiti tecnici e funzionali), con riferimento alle concessioni, ed avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di appalto, nonché, per quanto riguarda i settori speciali, avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'art. 136, comma 1, secondo e terzo periodo (applicabilità dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione dei settori ordinari ai sistemi di qualificazione).

La lettera d) si riferisce, infine, al caso in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati o di una sentenza passata in giudicato per violazione del codice degli appalti pubblici: per maggiori approfondimenti, si rimanda a MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 328.

avanzamento dei lavori e delle conseguenze della risoluzione nei riguardi delle finalità dell'intervento⁴¹⁰.

Si ritiene⁴¹¹, peraltro, che il responsabile del procedimento sia comunque obbligato a proporre alla stazione appaltante la risoluzione e che spetti poi a questa ultima la valutazione di cui sopra.

⁴¹⁰ Tali ordini di valutazione non risultano riprodotte nel nuovo testo dell'art. 108, che, riferendosi alle stazioni appaltanti, afferma soltanto che le stesse "possono" oppure "devono" procedere alla risoluzione, così qualificando in termini di possibilità o di doverosità la conseguente decisione di risolvere il contratto. Tuttavia, appare ragionevole sostenere che le valutazioni poste alla base della decisione non potranno che attenersi a quanto ritenuto nella vigenza del precedente art. 135.

⁴¹¹ LINGUITI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 686.

b) *Risoluzione obbligatoria.*

Con riferimento alla risoluzione obbligatoria prevista dall'art. 108, comma 2, lettere a) e b)⁴¹², già in passato, nella vigenza del testo di cui all'art. 135 del previgente codice, secondo la condivisibile ricostruzione operata dalla dottrina⁴¹³, si riteneva che “lo strumento in esame appare finalizzato ad assicurare la realizzazione dell'opera pubblica, consentendo lo scioglimento del contratto nel caso in cui l'affidabilità dell'appaltatore ponga in pericolo la sua attuazione, anticipando la potestà risolutoria dall'inadempimento grave al pericolo che ciò avvenga per essere l'appaltatore poco affidabile”⁴¹⁴.

⁴¹² L'art. 108, comma 2, prevede che le stazioni appaltanti devono risolvere il contratto, nei casi di intervenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci e nei casi in cui nei confronti dell'appaltatore sia stato disposto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80.

⁴¹³ GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 3677.

⁴¹⁴ GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, cit., 3678. L'Autore osserva, infatti, che “Il confronto con la disciplina in vigore sia dal periodo post-unitario evidenzia, invero, una specificazione ed una restrizione, sia dal punto di vista soggettivo, che da quello oggettivo, nell'ambito applicativo dell'istituto”. Sotto il profilo soggettivo, precisa l'Autore, il requisito della frode di cui all'art. 340 della legge sulle opere pubbliche, veniva inteso in termini ampi da parte della interpretazione giurisprudenziale tradizionale; la frode, infatti, assumeva rilevanza anche se perpetrata a danno di terzi, “in quanto comunque idonea ad elidere l'elemento fiduciario che si innesta nella causa del contratto. La rescissione – prosegue l'Autore – costituiva un mezzo per privare l'appaltatore della posizione di parte del rapporto contrattuale, a causa della perdita di credibilità derivante dal comportamento fraudolento. Inoltre, risultava sufficiente “la presenza di un fatto che semplicemente potesse dal luogo ad un procedimento per frode o di un procedimento già iniziato”.

Al contrario, aggiunge Giampaolino, “nella fattispecie come oggi disciplinata, il reato, accertata con sentenza passata in giudicato, assume rilevanza solo se perpetrato in danno di soggetti comunque interessati ai lavori, venendosi, così, da un lato, a sottolineare il collegamento del rimedio risolutorio allo specifico appalto e, dall'altro, a posticipare la soglia di tutela dell'amministrazione dal pericolo di fare eseguire la prestazione ad un soggetto inaffidabile ... (omissis). In altre parole, la nuova disposizione specifica nel dettaglio cose debba intendersi per frode dell'appaltatore, ritenendo necessaria una pronuncia definitiva che accerti la commissione di un reato comunque attinente all'appalto da risolvere”.

Aderendo alla tesi sopra esposta, si dovrebbe ritenere che, in realtà, il venir meno dei presupposti di legge che caratterizzano i requisiti di affidabilità dell'impresa esecutrice dei lavori, integri non già un pericolo di inadempimento, bensì un vero e proprio inadempimento rispetto al "rapporto fondamentale" dedotto in contratto.

Si può aggiungere che l'obbligatorietà della dichiarazione di risoluzione, quantomeno con riferimento ai casi previsti dall'art. 108, comma 2, lettere a) e b), dovrebbe fornire un dato testuale di conferma rispetto a quanto detto.

Nessuna differenza potrebbe, peraltro, rilevarsi rispetto alle fattispecie in cui la risoluzione è invece facoltativa per la stazione appaltante, in quanto, in tali casi non viene meno la natura inadempitiva della casistica ivi indicata, ma vi è soltanto una valutazione tipizzata di maggior gravità dell'inadempimento, che impone in ogni caso all'amministrazione di risolvere il contratto.

c) *Risoluzione per grave inadempimento.*

Ai sensi dell'art. 108, comma 3, il grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore deve essere "tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni".

La norma prevede, pertanto, una regola di valore allo scopo di giustificare la grave sanzione della risoluzione, che dovrà essere riempita caso per caso, mediante idonea esternazione delle motivazioni, le quali dovranno caratterizzare il comportamento della stazione appaltante secondo i canoni del prudente apprezzamento e della buona fede.

Ed infatti, accertata tale situazione, il direttore dei lavori (o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato), avrà l'obbligo di informare con una relazione particolareggiata il responsabile del procedimento, allegando la necessaria documentazione ed indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo potrà essere riconosciuto all'appaltatore.

Nel contempo, il direttore dei lavori dovrà formulare la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnandogli un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione di proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.

Acquisite ed eventualmente valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, potrà dichiarare risolto il contratto.

I presupposti che legittimano l'esercizio di tale facoltà sono, pertanto, da un lato, un "grave inadempimento rispetto alle obbligazioni contrattuali" e, dall'altro lato, che detto inadempimento rivesta una tale importanza da pregiudicare la "buona riuscita" dei lavori⁴¹⁵.

⁴¹⁵CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 922. Gli Autori indicano a titolo esemplificativo, ivi, alla nota 96, alcune ipotesi ritenute dalla

Il testuale collegamento con la riuscita dei lavori induce a ritenere che debba necessariamente sussistere un nesso tra l'inadempimento accertato e l'opera dedotta in contratto.

E' stato di conseguenza affermato che laddove l'inadempimento dell'appaltatore, seppure grave, non incida direttamente sulla esecuzione dei lavori, alla stazione appaltante dovrebbe ritenersi precluso lo strumento speciale di cui si tratta, potendo tuttavia ricorrere agli strumenti di tutela previsti dall'art. 1454 c.c., provocando comunque, con la diffida, la risoluzione di diritto del contratto⁴¹⁶.

Questa osservazione induce a valutare con attenzione la contiguità fra la dichiarazione unilaterale di risoluzione da codice dei contratti pubblici e gli strumenti risolutivi apprestati dal codice civile.

Ed infatti, il rilievo della possibile azionabilità del rimedio civilistico laddove risulti inapplicabile la risoluzione ex art. 108, comma 3, deve condurre l'interprete ad approfondire i punti di intersezione tra i predetti strumenti, ovvero la fungibilità degli stessi.

Se l'analisi condurrà all'individuazione di caratteristiche in tutto o in parte omologhe, si avrà ulteriore riprova della natura negoziale anche della risoluzione ex art. 108.

A tale proposito, una prima osservazione deve riguardare la ritenuta diversità di requisiti per l'adozione della risoluzione da codice dei contratti

giurisprudenza riconducibili al grave inadempimento di cui agli art. 119 del D.P.R. n. 554/1999 ed artt. 340 e 341 della Legge n. 2248/1865 all. F, disposizioni confluite nell'art. 136 del codice dei contratti del 2006, a sua volta confluito nell'attuale art. 108, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici. In particolare: il mancato pagamento delle maestranze (Cass. Sez. I, 20 marzo 1987, n. 2769, in Arch. Giur. OO.PP.1987, 770; mancato inizio dei lavori (Cass. Sez. Un. 26 luglio 1985, n. 4342, ivi, 1985, 1499; mancata ripresa dei lavori nel termine fissato dalla stazione appaltante (TAR Lazio, 30 aprile 1980, n. 290, ivi, 1980, 106.

⁴¹⁶ MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, cit., 688; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 923.

pubblici rispetto alla disciplina ordinaria⁴¹⁷, il cui ritenuto maggior rigore si giustificerebbe “con la considerazione che, per la risoluzione in via di autotutela, l’intervento del giudice è solo eventuale e comunque successivo, mentre per la risoluzione ordinaria l’azione giudiziaria è necessaria e preventiva”.

La stessa autorevole dottrina, in diverso contesto⁴¹⁸, aggiunge che la specialità del rimedio trarrebbe fondamento dalla necessità di garantire un intervento immediato dell’amministrazione a tutela dell’interesse pubblico minacciato, supplendo ad una condizione di urgenza, di fronte alla quale la disciplina privatistica “non fornisce strumenti idonei”.

Tale affermazione sottintende implicitamente che il committente privato – contrariamente a quello pubblico - non abbia interesse ad ottenere un intervento immediato a sua tutela o comunque che tale intervento non sia previsto dalla normativa privatistica.

Secondo Giampaolino, infatti, le norme di diritto privato sono volte a “ristabilire la sinallagmaticità violata (soddisfacendo l’interesse secondario risarcitorio), mentre la risoluzione dell’appalto di opera pubblica garantisce la realizzazione dell’interesse sotteso al contratto”.

Si avrebbe, quindi, una forma di tutela meramente formale sul piano privatistico, contro una tutela sostanziale ed effettiva sul piano pubblicistico.

Il rilievo, che probabilmente cristallizza il reale stato delle cose, evidenzia un’incoerenza del sistema. Laddove tale assunto risultasse dimostrato, occorrerebbe prendere atto della presenza di una grave lacuna nel sistema civilistico in termini di effettività di tutela.

Appare opportuno, pertanto, approfondire il tema mediante un raffronto degli strumenti risolutivi posti a disposizione della stazione appaltante, da

⁴¹⁷ GIAMPAOLINO, *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. Giampaolino – M.A. Sandulli – G. Stancarelli, Milano, 2001, 461; CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 923, nota 97.

⁴¹⁸ GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L’esecuzione*, cit., 3681.

un lato, dal codice dei contratti pubblici, dall'altro lato, dal codice civile, nell'ipotesi specifica rappresentata dall'inadempimento dell'appaltatore.

d) *Raffronto tra lo strumento risolutorio del codice dei contratti pubblici ed i rimedi civilistici.*

i- Premessa.

L'analisi viene eseguita all'interno dello studio della risoluzione da codice dei contratti pubblici derivante da grave inadempimento, in quanto, come abbiamo visto, la disciplina della risoluzione, sia facoltativa, che obbligatoria, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 108, prevede ipotesi tipizzate di inadempimento non raffrontabili con analoghe previsioni in ambito civilistico, con riferimento agli istituti coinvolti, se non quanto ai soli effetti della risoluzione.

La tecnica di tipizzazione dell'inadempimento potrebbe rispondere ad una logica di semplificazione nell'individuazione del comportamento rilevante, oppure ad una finalità in senso lato sanzionatoria, laddove si intenda valorizzare l'aspetto soggettivo dei fatti ritenuti significativi.

Ciò che rileva, nel nostro studio, è l'osservazione che tali valutazioni risultano essere state già effettuate *ex ante* dal legislatore e che l'effetto giuridico conseguente è dato dalla facoltatività o dalla obbligatorietà della dichiarazione di risoluzione. Come già rilevato, anche con riferimento a dette ipotesi di risoluzione, il potere di dichiarare la risoluzione si conferma essere un diritto potestativo negoziale e non un atto autoritativo.

L'analisi che segue è quindi rivolta alla fattispecie di risoluzione per grave inadempimento di cui all'art. 108, comma 3, codice dei contratti pubblici.

E' stato rilevato che la previsione del doppio requisito della gravità dell'inadempimento e dell'idoneità dello stesso rispetto alla compromissione della buona riuscita dei lavori, differenzerebbe la

risoluzione in oggetto rispetto a quella prevista in via generale dall'art. 1453 c.c.⁴¹⁹.

Quest'ultima affermazione necessita di alcune precisazioni sotto due profili: da un lato, infatti, occorre procedere all'individuazione dell'istituto civilistico da porre di volta in volta in comparazione con la risoluzione di cui all'art. 108, con riferimento al "momento" in cui viene accertato l'inadempimento, rispetto allo stato di avanzamento dell'esecuzione del contratto; dall'altro lato, una volta effettuata la prima operazione, occorre analizzare il requisito della gravità, quale presupposto di volta in volta richiesto per la risoluzione.

⁴¹⁹ TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 232. L'Autore aggiunge, con riferimenti giurisprudenziali, alcune fattispecie ritenute non idonee, seppure gravi, ai fini della risoluzione ai sensi dell'art. 136 del previgente codice appalti: mancato pagamento dei subappaltatori, omesso versamento dei contributi previdenziali, richiesta di una proroga dopo una prolungata sospensione dei lavori disposta dalla P.A., sospensione dei lavori per carenze progettuali della P.A., malattia o infermità dell'appaltatore, sospensione dei lavori per mancanza temporanea del materiale, mancanza di un nuovo programma lavori a seguito delle varianti non ancor approvate.

Quanto, invece, alla casistica giurisprudenziale ivi citata dall'Autore, con riferimento a fattispecie le quali sono state considerate integrare i requisiti richiesti dalla norma: sospensione dei lavori sul presupposto della non remuneratività del prezzo convenuto, contestazioni pretestuose opposte alla P.A. all'inizio dei lavori, ritardi nei lavori dovuti a conflitti con le maestranze o al loro mancato pagamento, abbandono dei lavori, mancata stipulazione del contratto e mancato inizio dei lavori, mancata ripresa dei lavori dopo una sospensione dipesa da circostanze obiettive, non imputabili alla P.A., nonché, in genere, inadempimenti che per frequenza, modalità e reiterazione costituiscono violazione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e sono tali da incidere nella buona riuscita dell'opera.

Sulla casistica degli inadempimenti rilevanti, si veda altresì PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 926, il quale elenca alcuni altre ipotesi di cause giustificative della determinazione della risoluzione, precisando che "non è possibile tracciare una casistica tassativa delle ipotesi in cui il comportamento dell'appaltatore possa giustificare la risoluzione (omissis) ... , tenuto conto soprattutto delle molteplici inadempienze nelle quali può incorrere l'appaltatore, nonché di come la gravità di tali inadempienze potrà manifestarsi in concreto e, pertanto, dovrà essere valutata caso per caso".

ii- Importanza del momento in cui interviene l'accertamento dell'inadempimento rispetto allo stato di avanzamento dell'opera. Il *quantum* di gravità dell'inadempimento.

In primo luogo, come detto, laddove venga indicata una comparazione della risoluzione da codice dei contratti pubblici rispetto agli strumenti previsti nel codice civile, affinché l'analisi risulti sufficientemente circostanziata, occorre individuare rispetto a quale, tra i vari rimedi risolutori civilistici disponibili, si collochi il rimedio speciale previsto oggi dall'art. 108.

Ed infatti, la fattispecie descritta dalla citata norma si riferisce ad un inadempimento grave, che nel contempo comprometta "la buona riuscita" dell'opera.

Ciò lascia fondatamente supporre che l'inadempimento si potrebbe verificare anche e soprattutto in un momento precedente rispetto al completamento dell'opera stessa: se si parla di compromissione della buona riuscita dell'opera ci si riferisce a problematiche insorte nel corso dell'esecuzione, pur senza escludere che la stessa sia stata completata, ma che sia possibile ancora provvedere all'eliminazione dei riscontrati vizi o difformità.

Pertanto, dalla descrizione delle attività conseguenti alla proposta di risoluzione formulata dal direttore dei lavori, si evince che la circostanza dell'avvenuta nomina dell'organo di collaudo (comma 7) rappresenta soltanto un'eventualità.

Dunque, l'analisi testuale della norma induce a ritenere che l'inadempimento possa essere accertato a far data dall'avvenuta stipulazione del contratto, per tutto il corso dell'esecuzione, fino anche all'ultimazione dell'opera e successivamente alla nomina dell'organo di collaudo.

Da ciò deriva che la fattispecie di cui sopra potrebbe essere comparata con la risoluzione generale di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c., solo nel caso in

cui si tratti di un inadempimento contestato allorché l'opera sia stata terminata e sia risultata difforme rispetto al contratto; alcune precisazioni dovrebbero richiedere i casi in cui vizi e i difetti avessero il carattere della irreparabilità⁴²⁰.

Abbiamo già rilevato dalla citata casistica relativa ai precedenti giurisprudenziali che hanno giudicato rilevante l'inadempimento dell'appaltatore, che gli inadempimenti accertati si collocano maggiormente nelle prime fasi di esecuzione del contratto, nonché nel corso delle varie fasi di svolgimento dell'esecuzione, riguardando più raramente, in genere, situazioni relative ad opere del tutto completate. Inoltre, non sembra che i vizi e difetti riscontrati avessero il carattere della irreparabilità, circostanza che potrebbe peraltro comportare una corresponsabilità degli stessi organi deputati al controllo ed alla vigilanza della corretta esecuzione dei lavori.

Abbiamo inoltre sottolineato che la *ratio* della norma - individuata dalla dottrina⁴²¹ in termini di garanzia dell'interesse pubblico all'immediata realizzazione dell'opera - ne individua la funzione in termini strettamente collegati alla tutela della prosecuzione della stessa, in quanto non ancora completata. Ed è evidente che tale tipologia di tutela risulterebbe tardiva ed inefficace laddove fosse stato accertato un inadempimento irreparabile.

Occorre dunque effettuare il confronto tra le discipline, con riferimento al diverso momento di rilevanza dell'inadempimento.

⁴²⁰ SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Il codice civile, Commentario fondato e già diretto da Pietro Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2007, 105.

⁴²¹ GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L'esecuzione*, cit., 3681.

iii- Esecuzione completata ed inadempimento. Confronto tra le discipline e tutela del committente.

Si dovrebbe ritenere che in tali fattispecie la dichiarazione di risoluzione ai sensi dell'art. 108 non andrebbe comparata con la disciplina di cui alla risoluzione generale prevista dagli artt. 1453 c.c., bensì con la normativa speciale in tema di contratto di appalto civile, ai sensi dell'art. 1668, comma 2, c.c.⁴²².

Sul punto, autorevole dottrina⁴²³, studiando i rapporti della risoluzione generale con le disposizioni speciali del codice civile in tema di risoluzione, ha rilevato che in presenza di un grave inadempimento dell'appaltatore, il quale consegna un'opera difforme dai patti, qualora il committente intenda liberarsi dal contratto, dovrebbe prevalere la disciplina speciale prevista per il contratto di appalto, trattandosi di un tipico conflitto tra la risoluzione generale ed una previsione specifica, conformata al tipo contrattuale a cui afferisce.

Secondo la giurisprudenza, in caso di omesso completamento dell'opera (anche se questa per la parte eseguita risulti difettosa o difforme) non è consentito fare ricorso alla garanzia di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., al fine di accertare la responsabilità dell'appaltatore per inesatto adempimento.

La dottrina appare parimenti orientata in tal senso⁴²⁴.

⁴²² BERTOLOTI – COTTINO, *Codice civile ipertestuale*, Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, con la collaborazione di A. Rizzi, Torino, 2005, 2836. Gli autori, premesso che la tutela apprestata al committente dall'art. 1668 c.c. si configura non come una garanzia in senso tecnico, ma nell'ambito della normale responsabilità contrattuale per inadempimento, precisano che “la norma, al pari degli artt. 1667 e 1669, presuppone il totale completamento dell'opera, in relazione alla quale risultino violate le prescrizioni contrattuali per l'esecuzione o le regole imposte dalla tecnica (C. 4415/99); invece, nei casi di omesso completamento, ovvero di rifiuto o di ritardo nella consegna, sorge la comune responsabilità dell'appaltatore ex art. 1453 e 1455 (C.9333/04; C. 7364/96)”.

⁴²³ SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 108.

⁴²⁴ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, Temi di diritto privato e di diritto pubblico, collana diretta da Guido Alpa, Milano, 2016, 189: l'Autore osserva che il caso in cui l'opera oggetto della prestazione non sia stata completata o non

Con la conseguenza che, ai fini della risoluzione nel caso di completamento dell'esecuzione dell'appalto, nel contesto civilistico, all'inadempimento di non scarsa importanza previsto dalla disciplina generale, farà luogo il più rigoroso accertamento che i vizi o le difformità dell'opera siano tali da renderla "del tutto inadatta alla sua destinazione"⁴²⁵.

Così individuata la norma alla quale contrapporre la risoluzione da codice dei contratti pubblici nel caso in cui l'opera risultasse completata, occorrerà prendere atto che al criterio della gravità consistente nella compromissione della "buona riuscita" dell'opera, come richiesto nel codice dei contratti pubblici, si avrà, nella disciplina privatistica, un criterio probabilmente ancora più rigoroso, richiedendosi, come detto, che l'inadempimento renda l'opera "del tutto inadatta alla sua destinazione".

L'estremo rigore di quest'ultima previsione normativa ha indotto parte della dottrina ad affermare che "nell'intento del legislatore, il margine di operatività del rimedio della risoluzione nel contratto di appalto sia piuttosto esiguo"⁴²⁶.

Non sembra, quindi, potersi condividere l'opinione secondo cui la fattispecie di cui all'art. 108 preveda necessariamente criteri più rigorosi

sia stata affatto eseguita rappresenta il presupposto per l'applicazione dell'art. 1453 c.c., dovendosi in caso contrario sempre procedere secondo le disposizioni contenute negli artt. 1667 e 1668 c.c., citando ivi alla nota 4: Cass. 15 dicembre 1990, n. 11950 e Cass. 12 aprile 1983, n. 2573.

⁴²⁵ In proposito, la giurisprudenza della Cassazione ha precisato che il citato requisito di gravità dell'inadempimento deve essere valutato con criteri obiettivi e cioè considerando la destinazione che l'opera riceverebbe dalla generalità delle persone, ma anche soggettivi, qualora la possibilità di un particolare impiego o di un rendimento sia stata dedotta in contratto (Corte di Cassazione, n. 886/2002 e n. 1395/1996).

⁴²⁶ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 137. L'Autore, ivi a pag. 136 afferma che "La maggiore severità espressa dal legislatore nell'art. 1668 c.c. impone che la risoluzione nell'appalto sia ammessa soltanto nell'ipotesi in cui l'opera, considerata nella sua unicità, appaia assolutamente inadatta alla sua destinazione e ciò in quanto affetta da difetti che incidono in misura grave e notevole sulla struttura e funzionalità della stessa, con conseguente alterazione e compromissione della sua normale utilità".

rispetto al criterio civilistico⁴²⁷, quantomeno con riferimento all'inadempimento accertato al momento del completamento dell'esecuzione.

Come si è visto, al contrario, ai sensi dell'art. 108 la stazione appaltante potrà risolvere il contratto a fronte di un inadempimento tendenzialmente meno grave rispetto ad un normale appalto privato, conclusione che peraltro appare del tutto in linea con la stessa *ratio* della norma, tesa a favorire una tutela più ampia della stazione appaltante, in considerazione dell'interesse pubblico in gioco.

Il diverso profilo di tutela che emerge dal confronto delle due norme deve essere completato con la precisazione che l'art. 1668, comma 2, c.c. prevede una fattispecie risolutiva che deve essere posta in correlazione con la disposizione di cui al primo comma dello stesso articolo. Quest'ultimo, a sua volta, si pone in stretta correlazione con il precedente art. 1667 c.c., del quale, come è stato osservato⁴²⁸, specifica non tanto i contenuti, quanto i rimedi.

Risulta infatti chiara, nella struttura delle disposizioni in oggetto, una prospettiva soprattutto conservativa del contratto, al punto che l'art. 1668 c.c., che al secondo comma prevede il citato potere di risoluzione, risulta intitolato alla "garanzia" per i difetti dell'opera, in un'ottica, appunto, di conservazione.

Ciò detto, si potrebbe ritenere che la stazione appaltante non avrà alcuna convenienza ad utilizzare le norme civilistiche per l'ipotesi in cui l'esecuzione sia stata completata.

Ed infatti, essendo finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico coinvolto nel contratto, la norma del codice dei contratti pubblici ha risolto positivamente un problema rilevato, invece, nella disciplina privatistica, che

⁴²⁷ GIAMPAOLINO, *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 461.

⁴²⁸ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 125.

contribuisce a creare un “evidente distacco tra diritto e prassi, tra norma ed esperienza reale”⁴²⁹.

E’ chiara, infatti, la sussistenza di una compromissione dell’effettivo interesse del committente, laddove si ritenga che questi sia costretto ad attendere la sentenza di condanna dell’appaltatore, per poi attendere, di nuovo, il conseguente comportamento di questi, per poi, ancora, richiedere al giudice un’esecuzione in forma specifica, allo scopo di ottenere, solo successivamente, l’eliminazione dei vizi riscontrati.

La tutela del committente, secondo tale prospettazione, appare del tutto astratta, in quanto i tempi tecnici necessari per ottenere l’adempimento effettivo della prestazione inadempita, non potrebbero mai consentirgli di ottenere il conseguimento dell’interesse sotteso alla stipulazione del contratto.

In altri termini, la disciplina risolutoria del codice dei contratti pubblici appare fornita di una tecnica più moderna, funzionale ed efficace.

Ed infatti, le soluzioni proposte dalla più sensibile dottrina rispetto al grave problema, tendono ad avvicinare le due forme di risoluzione.

Si ritiene⁴³⁰ che sia più aderente ad una interpretazione letterale della norma (“a spese dell’appaltatore” e non “ad opera dell’appaltatore”), nonché soprattutto alla natura del contratto di appalto (stante la rilevanza

⁴²⁹ CERVALE, *Struttura dell’appalto e responsabilità dell’appaltatore*, cit., 126. L’Autrice si riferisce alla interpretazione dominante in dottrina (ivi citata diffusamente), secondo la quale “l’art. 1668 c.c. dispone espressamente che il committente possa “chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell’appaltatore”, utilizzando una espressione che evoca quella contenuta nell’art. 2931 c.c., concernente la esecuzione forzata degli obblighi di fare. La conseguenza di tale interpretazione, criticata dall’Autrice in quanto non soddisfacente l’effettivo interesse sotteso all’appalto, è che “il committente – lungi dal potersi rivolgere in via stragiudiziale ad un terzo per la esecuzione dei lavori di eliminazione dei vizi e chiedere in giudizio, in un secondo momento, la condanna dell’appaltatore al rimborso delle spese sostenute – debba richiedere prima la condanna dell’appaltatore ad eliminare il vizio (e quindi all’adempimento di un obbligo di fare) e, solo in caso di rifiuto di quest’ultimo, ottenere le eliminazione dei vizi da parte di un terzo ed a spese dell’appaltatore, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c.”.

⁴³⁰ CERVALE, *Struttura dell’appalto e responsabilità dell’appaltatore*, cit., 127.

dell'*intuitus personae*), ritenere che il committente abbia la facoltà di provvedere direttamente al completamento dell'esecuzione, chiedendo la sola condanna dell'appaltatore inadempiente al pagamento delle spese, pur potendo, in alternativa, chiedere all'appaltatore inadempiente la diretta eliminazione dei difetti riscontrati.

La questione centrale, individuata dalla citata dottrina, è rappresentata dalla necessità di abbreviare “i tempi di intervento e di ripristino attraverso il ricorso all'attività stragiudiziale di un terzo di fiducia”⁴³¹.

Ancora, la stessa dottrina aggiunge che una volta che il committente abbia scelto “il rimedio della eliminazione dei vizi dell'opera, egli non sarà tenuto verso l'appaltatore alla corresponsione del prezzo prima che i difetti siano stati eliminati, potendo, quindi, fino a quel momento giovare del principio generale *inadimplenti non est adimplendum*, sancito dall'art. 1460 c.c.”, applicabile per concorde giurisprudenza⁴³².

Se i rimedi civilistici vengono interpretati in funzione degli effettivi interessi delle parti, gli istituti negoziali e la risoluzione da codice dei contratti pubblici dovrebbero convergere sotto numerosi profili.

Tanto ciò è vero, che anche la citata interpretazione pone il problema – del quale ci siamo già occupati con riferimento alla risoluzione da codice degli appalti – della compatibilità del potere così individuato in capo al committente, con il principio della eccezionalità delle forme di autotutela in ambito civile.

Secondo Cervale, in tali casi non si porrebbe un problema di autotutela, in quanto semplicemente il committente eserciterebbe “una facoltà su di un bene che gli appartiene, senza ledere alcun diritto altrui”.

Infatti – aggiunge - “l'obbligazione di fare si trasforma, nei confronti dell'appaltatore, in obbligazione di dare” e ciò, a maggior ragione, nel caso

⁴³¹ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 128.

⁴³² Citata dalla stessa Autrice, ivi, 128, nota 11.

in cui il committente abbia ottenuto la detenzione del bene, senza che l'appaltatore possa lamentare alcuno spoglio⁴³³.

Il punto di arrivo dell'attenta analisi appare denso di spunti interessanti.

Così come abbiamo osservato per la dichiarazione unilaterale della stazione appaltante, è ormai nozione acquisita che la natura negoziale della stessa non viene contraddetta per il fatto che la stazione appaltante, una volta dichiarata la risoluzione con effetti *ex lege*, sia dotata del potere di mandare in esecuzione la propria decisione senza ricorrere all'autorità giudiziaria.

Si è detto, infatti, che occorre distinguere l'atto di risoluzione dagli atti di esecuzione della stessa.

Allo stesso modo, dunque, si dovrebbe procedere nell'analisi della norma in oggetto.

Occorre pertanto distinguere, da un lato, la natura e gli effetti del potere del committente di chiedere l'eliminazione delle difformità, così come di chiedere la risoluzione del contratto; dall'altro lato, la natura delle attività strumentali successive, tendenti alla realizzazione degli effetti conseguenti alla dichiarazione di risoluzione.

La tesi sopra riportata, correttamente individuando il centro del problema nella necessità di abbreviare i tempi di intervento e di ripristino, riconosce al committente la facoltà di intervenire "attraverso il ricorso all'attività stragiudiziale", nominando direttamente un terzo di propria fiducia.

Ciò presuppone, pertanto, che la dichiarazione del committente di chiedere che le difformità siano eliminate a spese dell'appaltatore abbia un effetto sostanziale, tale da modificare l'obbligazione, trasformandola da obbligazione di fare in obbligazione di dare.

Pertanto, ciò dovrebbe anche presupporre implicitamente che la dichiarazione del committente abbia anche l'effetto sostanziale di rendere non più giustificata la detenzione del cantiere da parte dell'appaltatore.

⁴³³ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 129.

Facendo un ulteriore (inevitabile) passaggio logico, la dichiarazione del committente avrebbe l'effetto di risolvere il contratto.

Si deve sottolineare che tale dichiarazione dovrebbe necessariamente essere preceduta, a pena di inefficacia, dal procedimento di cui all'art. 1667 c.c., consistente nella denuncia all'appaltatore dei vizi e delle difformità entro 60 giorni dalla scoperta. Con la precisazione che il riconoscimento da parte dell'appaltatore o l'occultamento delle difformità e dei vizi renderebbero superfluo il procedimento stesso. Di contro, il committente perderebbe tale facoltà nel caso in cui avesse già accettato l'opera e i vizi o le difformità fossero stati da lui conosciuti o conoscibili.

Il rilevato collegamento esistente tra gli artt. 1667 e 1668 c.c. porta alla individuazione di un sistema che tende comunque alla conservazione del contratto, mediante un meccanismo di contestazione che consente all'appaltatore di controdedurre rispetto alla denuncia del committente.

Peraltro, appare ragionevole sostenere che un committente avveduto non potrà esimersi dall'incaricare il direttore dei lavori di effettuare una relazione particolareggiata, corredata dai documenti necessari, individuando i lavori contestati e, nel contempo, i lavori eventualmente eseguiti regolarmente.

Detta attività corrisponde alla lettera a quanto prescritto dall'art. 108 del codice dei contratti pubblici, nel procedimento di contestazione del grave inadempimento, atto a compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

Ciò significa che, nell'uno come nell'altro caso, qualora l'appaltatore provveda fattivamente all'eliminazione dei vizi e delle difformità, previo esperimento del previsto procedimento di contestazione, il meccanismo avrà funzione conservativa rispetto al contratto.

E tuttavia, qualora l'appaltatore non provveda in conformità o si renda disponibile alla effettuazione di operazioni ritenute non congrue, i rimedi previsti dai due sistemi evidenziano alcune significative differenze, dovute

alla prerogativa dell'autotutela esecutiva riconosciuta alla sola stazione appaltante.

Secondo l'interpretazione degli artt. 1667 e 1668 c.c. proposta dalla dottrina sopra citata, il committente potrebbe comunicare all'appaltatore che provvederà in via stragiudiziale all'intervento di ripristino, riservando la quantificazione dei conseguenti risarcimenti; nel contempo, avvalendosi contestualmente dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., non sarà tenuto alla corresponsione del prezzo prima che i difetti siano stati eliminati.

Di fatto, spetterebbe all'appaltatore agire in giudizio, laddove intendesse contestare la condotta tenuta dal committente, allo scopo di fare accertare la illegittimità delle contestazioni a lui mosse.

Tuttavia, in concreto, l'esito soddisfacente del "recesso risolutorio" dichiarato dal committente, apparirebbe condizionato dalla circostanza del rilascio o meno del cantiere da parte dell'appaltatore.

Qualora ciò non accadesse, ovvero se l'appaltatore mantenesse la detenzione del cantiere, il committente non potrebbe che ricorrere al procedimento previsto per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare⁴³⁴.

Questa appare, sotto un primo profilo, la differenza più rilevante tra i due tipi di risoluzione. Si sottolinea, tuttavia, che la differenza non atterrebbe all'atto risolutivo in sé, bensì soltanto alla fase successiva, conseguente all'effetto risolutorio.

Secondo l'art. 108 del codice dei contratti pubblici, infatti, effettuata ritualmente la contestazione all'appaltatore e ritenuti insufficienti i rimedi proposti, se proposti, la stazione appaltante dichiara la risoluzione del contratto.

Come nel caso precedente, sarà l'appaltatore a dover ricorrere al giudice per fare accertare l'illegittimità della condotta tenuta dalla stazione

⁴³⁴ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 129.

appaltante. Tuttavia, a differenza del rimedio civilistico, la stazione appaltante è facoltizzata per legge all'adozione di immediate misure autoritative per lo sgombero e per il ripiegamento del cantiere, così da consentire quanto prima il subentro di una impresa terza, per l'esecuzione delle opere ritenute necessarie.

Si potrebbe rilevare che in entrambi i casi l'appaltatore potrebbe ricorrere al giudice ordinario in via cautelare: in questo caso, tuttavia, mentre rispetto allo strumento civilistico il giudice manterrebbe pieni poteri di sindacato, potendo emettere qualsiasi tipo di provvedimento anticipatorio rispetto alla decisione finale, al contrario, nel caso della risoluzione da codice dei contratti pubblici, come abbiamo visto, il sistema individua alcune particolarità.

Da un lato, infatti, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono che – indipendentemente e nonostante la dichiarata natura privatistica dell'atto di risoluzione - in ossequio ai limiti interni della giurisdizione, il giudice ordinario non possa rendere inefficace la risoluzione dichiarata dalla stazione appaltante.

Dall'altro lato, si è visto che - qualora anche si ritenga che il giudice ordinario abbia il potere di ordinare all'amministrazione di interrompere lo sgombero del cantiere, sussistendo il *fumus* della illegittimità della dichiarazione di risoluzione - in ogni caso, ai sensi dell'art. 108, comma 9, seconda parte, codice dei contratti pubblici, “la stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati, che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore ...”.

Abbiamo già analizzato l'eccentricità di tale disposizione, sia sotto il profilo del testuale riconoscimento della legittimazione del giudice ordinario alla emissione di provvedimenti cautelari, sia quanto alla straordinarietà

della previsione del potere, in favore della sola stazione appaltante, di paralizzare a proprio piacimento un provvedimento giurisdizionale.

In conclusione, per il caso dell'accertamento di un inadempimento dell'appaltatore ad esecuzione completata, sembra che la disciplina della risoluzione da codice dei contratti pubblici presenti una struttura sovrapponibile, rispetto al sistema dei rimedi di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., se interpretati in chiave evolutiva, come sopra evidenziato.

In entrambi i casi, infatti, le disposizioni di ciascun sistema comprendono norme tendenti alla conservazione del contratto mediante instaurazione di un contraddittorio e, successivamente, norme che disciplinano la risoluzione automatica del contratto.

Tuttavia, occorre rilevare che il sistema civilistico appare strutturalmente più complesso dell'altro.

Inoltre, la costruzione sopra descritta, con riferimento agli effetti sostanziali attribuiti al recesso per inadempimento, rappresenta ad oggi un orientamento minoritario, anche se autorevolmente sostenuto.

Ed infatti, seguendo la citata interpretazione secondo la quale sarebbe consentito al committente di agire direttamente, in via stragiudiziale, mediante la sostituzione dell'appaltatore - in ogni caso, previa rituale contestazione nei termini di legge - sotto il profilo sostanziale il committente si troverebbe ad operare una sorta di recesso risolutorio.

Non dovrebbe trattarsi, infatti, di una risoluzione, in quanto altrimenti perderebbe di significato il comma 2 dell'art. 1668 c.c..

E tuttavia, è evidente che incaricare un terzo di effettuare il completamento dell'esecuzione equivale a disporre la cessazione degli effetti del contratto con il primo appaltatore, rispetto al quale residueranno soltanto i profili risarcitori.

D'altra parte, negare al committente un tale potere, soprattutto in presenza di una condotta inadempitiva dell'appaltatore, sembrerebbe contrastare con la stessa *ratio* del recesso previsto in favore del committente

per il contratto di appalto all'art. 1671 c.c., della cui natura abbiamo trattato nei capitoli precedenti.

Possiamo in definitiva affermare che il committente, contestato ritualmente l'inadempimento, potrebbe recedere dal contratto, comunicando all'appaltatore di avere intenzione di fare completare l'esecuzione ad un soggetto terzo⁴³⁵.

⁴³⁵ Come detto, la citata impostazione risulta autorevolmente sostenuta in dottrina. Si veda, anche con specifici riferimenti al diritto uniforme: DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in Trattato del contratto diretto da Vincenzo Roppo, V, Rimedi – 2, Milano, 2006, 173, il quale afferma che “quando l'inadempimento ha già leso gravemente l'interesse del creditore, è verosimile che egli preferisca sciogliere il contratto con effetto immediato: esigenza rispetto alla quale sovviene il recesso. L'inadempimento che giustifica la risoluzione mediante recesso è grave (in quanto riguarda una prestazione rilevante nell'economia del contratto) e attuale (si è protratto nel tempo in modo tale da pregiudicare seriamente l'interesse del creditore). Siccome l'inadempiente si limita a subire la scelta della controparte, senza poter incidere in alcun modo sulla sorte del contratto, l'atto di recesso non richiede particolari requisiti formali o contenutistici: è sufficiente che la scelta di risolvere il contratto venga comunicata con chiarezza al debitore”.

D'altra parte, secondo altra autorevole dottrina (ADDIS, *Infondatezza della pretesa risolutoria manifestata in sede stragiudiziale: rimedi a favore del debitore*, in Trattato del contratto diretto da Vincenzo Roppo, V, Rimedi – 2, Milano, 2006, 174), “il debitore può contestare la fondatezza della dichiarazione stragiudiziale offrendo la prestazione e domandando alla controparte l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo sempre il risarcimento del danno (1453). Il giudice accoglierà la domanda del debitore qualora la dichiarazione risolutoria dell'altro contraente risulti infondata, e, a fronte dell'offerta della prestazione, quest'ultimo persista nell'inadempimento; la rigetterà – accogliendo la probabile domanda riconvenzionale di risoluzione proposta dal convenuto – qualora l'atto stragiudiziale fosse effettivamente giustificato da un inadempimento grave”.

Ed ancora, altro autorevole Autore (SACCO, *La risoluzione giudiziale*, in Il contratto, Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, Tomo II, Torino, 1993, 614 e ss.), pur non giungendo ad attribuire alla dichiarazione stragiudiziale di risoluzione un effetto sostanziale risolutorio (in virtù di una interpretazione letterale dell'art. 1453 c.c.), aveva già in precedenza sostenuto che “la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione non possa non vincolare il dichiarante, sulla base di una evidente applicazione della regola dell'affidamento”. Egli riteneva di subordinare l'effetto risolutorio allo spirare di un termine che identificava in quello previsto per la diffida ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 c.c.. Con la conseguenza che (ivi, 616) “se è vero che la manifestazione stragiudiziale di volontà, rivolta alla risoluzione, è sufficiente allo scopo, molte volte la citazione sopraggiunge quando già si è verificato in anticipo l'effetto sostantivo cui essa, come atto di scelta, è rivolta”. Come rilevato nel nostro studio, il divario fra la norma e la realtà era stato evidenziato da Sacco, il quale indicava i problemi conseguenti alla interpretazione maggioritaria fornita dalla giurisprudenza, secondo la quale gli effetti della citazione vengono considerati “sospesi ... finché non maturi la decisione del giudice”.

Conforme appare l'orientamento di SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 307.

Qualora l'appaltatore rilasciasse spontaneamente il cantiere, ciò avverrebbe senza problemi. Se invece insistesse nel detenerlo, sarebbe indispensabile ricorrere al giudice per l'accertamento della sussistenza dei vizi o delle difformità e per la successiva instaurazione della procedura di esecuzione in forma specifica.

Si rileva, a questo punto, una netta incongruenza del sistema civilistico, con riferimento all'interpretazione tuttora dominante in giurisprudenza.

Infatti, nel caso ben più rilevante di cui al comma 2 dell'art. 1668, ovvero nel caso in cui il committente si avveda che i vizi e le difformità siano di tale gravità da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, secondo l'interpretazione maggioritaria, il committente non avrebbe altra possibilità che adire il giudice per ottenere una sentenza costitutiva di risoluzione. Per ottenere la cessazione degli effetti del contratto, pertanto, le parti dovrebbero necessariamente attendere l'esito del processo.

Nelle more del giudizio, gli effetti del contratto resterebbero sospesi, si direbbe quasi cristallizzati, secondo la disposizione di cui all'art. 1453, comma 2 seconda parte ("non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione") e comma 3 ("Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione").

Tuttavia, laddove si ritenga che la dichiarazione di risoluzione non sortisca effetti sostanziali, all'esito della pronuncia giudiziale di eventuale rigetto della domanda di risoluzione si potrebbe verificare un'anacronistica riviviscenza degli effetti del contratto, del tutto inattuale e non più corrispondente agli interessi delle parti, quali ormai determinatisi in seguito alla proposizione della domanda di risoluzione.

Ancora prima, altro Autore (KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, RDC, 1964, I, 28) aveva evidenziato la contraddittorietà del considerare sospesi gli effetti del contratto in attesa della decisione del giudice, rispetto ai possibili esiti del processo, con possibile riviviscenza degli obblighi sottesi al contratto, nel caso, ad esempio, di estinzione del giudizio o di declaratoria di improcedibilità della domanda.

Detta situazione non sembra corrispondere all'aspettativa di effettività di tutela dettata dai principi costituzionali⁴³⁶.

⁴³⁶ Sulla valenza anche "ideologica" della contrapposizione tra i fautori della risoluzione di diritto rispetto alla risoluzione per sentenza costitutiva, si veda DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, cit., 148-150: "Nell'ottica della risoluzione di diritto, l'attuazione (la risoluzione) del contratto è davvero una "questione privata", rimessa alla piena disponibilità delle parti; nella prospettiva della risoluzione giudiziale, per sentenza costitutiva, la stessa alternativa si configura diversamente, in quanto si ritiene che l'attuazione del programma contrattuale risponda ad interessi di carattere generale".

Degna di nota, a tale proposito, appare la circostanza che, mentre a tutela del contratto di appalto pubblico il legislatore ha previsto una disciplina che pone il rimedio risolutorio nella piena disponibilità del committente, al contrario, l'appalto privato – seguendo la tesi maggioritaria – sarebbe sottoposto ad un maggiore controllo pubblico, non essendo rimessa alla piena disponibilità del committente la scelta circa la conservazione o lo scioglimento del rapporto contrattuale.

iv- L'inadempimento in corso di esecuzione.

Nel caso in cui l'opera non sia stata iniziata o non sia stata completata, una prima ipotesi concreta è rappresentata dalla possibilità che l'inadempimento appaia ormai irreparabile.

In tale caso, non potendosi applicare neppure i rimedi di cui all'art. 1668, comma 1, c.c. (riduzione del prezzo o eliminazione dei vizi e delle difformità), in alternativa alla risoluzione di cui all'art. 108, sul piano civilistico risulterebbe di nuovo applicabile il rimedio generale di cui all'art. 1453 c.c., con conseguente utilizzo del criterio di valutazione dell'inadempimento con riferimento alla "non scarsa importanza".

In alternativa, secondo parte della dottrina⁴³⁷, sarebbe esperibile anche la tutela risolutoria automatica di cui all'art. 1662, comma 2, c.c.⁴³⁸.

Tuttavia, l'ipotesi tipica applicativa di quest'ultima disposizione appare essere quella di un'obbligazione ancora in esecuzione, "nel duplice senso (materiale il primo, giuridico il secondo) che non solo stanno ancora svolgendosi i lavori, ma non è ancora scaduto il termine finale (originariamente stabilito dalle parti, o già fissato dal giudice o ancora semplicemente implicito)"⁴³⁹.

⁴³⁷ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 188, nota 1: la quale ritiene che alla proposizione di tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., ivi compresa la richiesta di adempimento, "non può essere d'ostacolo il dettato dell'art. 1662 c.c. ...: la norma in questione, difatti, prevede una mera facoltà del committente e non un onere a carico dello stesso e dal mancato esercizio di tale facoltà non può derivare alcuna preclusione (v. ivi citazioni giurisprudenziali e dottrinarie conformi).

⁴³⁸ Per un'approfondita analisi della disposizione contenuta nell'art. 1662 c.c. si rimanda a PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008.

Con riferimento alle importanti connessioni con il tema della risoluzione automatica, si veda altresì PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit..

⁴³⁹ RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 284.

Si tratta di una disposizione posta a tutela del committente, allo scopo di assicurare l'esatta esecuzione dell'opera, come sanzione del controllo e della verifica di cui al primo comma dello stesso articolo⁴⁴⁰.

Viene ritenuto in dottrina che l'art. 1662, comma 2, c.c., contenga una norma speciale⁴⁴¹ che consente al committente, in deroga rispetto alla risoluzione generale, di assegnare un termine all'appaltatore affinché questi conformi l'opera alle condizioni contrattuali: "l'osservanza di tale diffida comporterebbe il ristabilirsi dell'equilibrio contrattuale, derivandone in mancanza la risoluzione per inadempimento"⁴⁴².

Altra dottrina afferma che quest'ultima norma si presenterebbe come una sorta di diffida ad adempiere adattata al tipo contrattuale appalto⁴⁴³, con la differenza che mentre quest'ultima risulterebbe utilizzabile nel caso di inadempimento già verificato, l'art. 1662 c.c. si riferirebbe allo specifico inadempimento accertato in corso d'opera e non definitivo⁴⁴⁴.

A fronte dell'evidente analogia, rispetto all'art. 108, della previsione della intimazione di un termine di adempimento, l'art. 1662 c.c. costituisce un esempio di risoluzione di diritto da codice civile, nel senso che alla dichiarazione del committente, viene attribuito un effetto di risoluzione, sostanziale e costitutivo.

Quanto al correlato profilo relativo alla gravità dell'inadempimento, presupposto essenziale ai fini della legittimità della dichiarazione di risoluzione, occorre rilevare che con riferimento all'art. 1662 c.c. la più

⁴⁴⁰ RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 283.

⁴⁴¹ RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 284. Si tratta, secondo gli Autori, di "un rimedio eccezionale, che non sarebbe stato ammissibile nel silenzio della legge, perché normalmente l'esistenza stessa, e a maggior ragione la definitività e la gravità dell'inadempimento, non possono ancora essere individuate e valutate finché l'esecuzione del debitore sia ancora in corso".

⁴⁴² SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 104.

⁴⁴³ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano 2002, 6

⁴⁴⁴ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 151

moderna dottrina⁴⁴⁵ ritiene applicabile la regola della necessità della “non scarsa importanza” prevista dall’art. 1455 c.c.⁴⁴⁶.

Occorre pertanto sottolineare che qualora la stazione appaltante ritenesse di utilizzare detto strumento, il presupposto della gravità dell’inadempimento risponderebbe ad una valutazione di minore rigore, rispetto alla lettera dell’art. 108 del codice dei contratti, con conseguente minor onere della prova a carico della stazione appaltante.

E tuttavia, seppure la normativa da codice civile potrebbe risultare per tale motivo più favorevole, è evidente che, al contrario, la scelta del rimedio previsto dalla legislazione speciale si rivela in assoluto più conveniente per la stazione appaltante, in considerazione dell’autotutela esecutiva prevista dalla legge come immediata conseguenza dell’effetto costitutivo della dichiarazione di risoluzione ex art. 108.

Infine, come rilevato⁴⁴⁷, pur sussistendo forti analogie tra l’art. 136 del previgente codice (oggi di fatto trasfuso nell’art. 108 del nuovo codice) e la disposizione di cui all’art. 1662, comma 2, c.c., le due norme si differenziano per il fatto che i peculiari effetti conseguenti alla dichiarazione unilaterale di risoluzione del contratto (da codice dei contratti pubblici),

⁴⁴⁵ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 158: afferma infatti l’Autore che il silenzio del legislatore quanto alla indicazione del *quantum* di gravità di inadempimento richiesto ai fini della risoluzione, non può essere interpretato come volontà del legislatore di introdurre una vistosa eccezione al fondamentale principio sancito in tema di disciplina del contratto in generale; argomentando diversamente, infatti, si giungerebbe alla “inammissibile conclusione che il committente possa determinare la risoluzione del rapporto contrattuale anche in ipotesi di inadempimento marginale e financo contestando irregolarità di mero dettaglio per il solo fine di risolvere pretestuosamente il contratto”.

⁴⁴⁶ Si veda BENINCASA - CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, cit., 2425: “La valutazione della gravità dell’inadempimento ai fini della risoluzione si fonda su un criterio oggettivo e su un criterio soggettivo. Il primo ha riguardo all’entità oggettiva dell’inadempimento; il secondo, invece, tenendo in considerazione l’interesse che la parte creditrice intende realizzare con il contratto, dà rilievo alle modalità ed alle circostanze dello svolgimento concreto del rapporto al fine di verificare se l’inadempimento abbia, in concreto, generato un’alterazione notevole dell’equilibrio e della complessiva economia del contratto”.

⁴⁴⁷ CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1540.

“non (sono) neutralizzabili qualora la stazione appaltante sia disposta a rilasciare idonea cauzione”: il riferimento è ancora una volta alla rilevante problematica connessa all'ex art. 139 vecchio codice, oggi art. 108, comma 9, seconda parte, della quale si è già trattato.

Abbiamo più volte sottolineato, tuttavia, che la fase di esecuzione del provvedimento risolutorio non incide sulla natura dell'atto in sé.

Di conseguenza, possiamo affermare che dall'analisi effettuata sembrerebbe risultare che i rimedi civilistici, da un lato, ed il rimedio speciale “pubblicistico” dall'altro lato, evidenzino caratteristiche strutturali e funzionali del tutto sovrapponibili.

Appare dunque confermata la comune natura negoziale degli specifici rimedi risolutori posti a garanzia dell'esatta esecuzione del contratto di appalto, sia privato, che pubblico.

e) *Risoluzione per negligente ritardo.*

Ai sensi dell'art. 108, comma 4, del codice dei contratti pubblici, “Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni tardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato, gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni.

Scaduto il termine assegnato e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali”.

Siamo, pertanto, al di fuori dei casi dell'inadempimento la cui gravità risulta parametrata al criterio della “buona riuscita” dei lavori: nel caso di specie, infatti, l'inadempimento è legato al tempo dell'adempimento, secondo la cronologia stabilita dalle parti in contratto.

Come è stato rilevato⁴⁴⁸, pur trattandosi di una fattispecie residuale rispetto all'ipotesi di risoluzione per grave inadempimento - “posto che il ritardo nell'inadempimento costituisce, sul piano ontologico, *species* del più ampio *genus* dell'inadempimento” – tuttavia la sua espressa e distinta previsione appare giustificata dalla particolare rilevanza del rispetto dei tempi nell'esecuzione della prestazione nell'appalto pubblico.

Nella trasposizione della norma, dal comma 4 dell'art. 136 vecchio codice al comma 4 dell'art. 108, il legislatore ha omissso il riferimento alla gravità del ritardo, presente solo nella rubrica dell'articolo abrogato e non ritrascritto.

Resta, pertanto il solo riferimento alla negligenza del ritardo.

⁴⁴⁸ CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1542.

Occorre a tale proposito sottolineare che anche la precedente formulazione, in realtà, non menzionava il criterio in base al quale determinare la gravità del ritardo.

Secondo parte della dottrina⁴⁴⁹, un utile riferimento normativo era rappresentato dall'art. 145 del Regolamento, in base al quale se i ritardi avessero determinato l'applicazione di una penale superiore al 10% del valore dell'appalto, il responsabile del procedimento avrebbe dovuto promuovere la procedura di risoluzione. Veniva ritenuto, tuttavia, che sarebbe spettato in ogni caso alla stazione appaltante il potere di valutare *aliunde* tale aspetto, secondo un prudente apprezzamento.

Il procedimento, più semplificato rispetto a quello previsto per l'ipotesi di grave inadempimento, si avvicina ancora di più a quello dettato dagli artt. 1454 e 1662, comma 2, c.c.⁴⁵⁰.

Si rendono necessarie, tuttavia, alcune precisazioni.

Al riguardo alcuni Autori, probabilmente più legati ad una concezione pubblicistica della risoluzione, ritengono⁴⁵¹ che l'interpretazione degli effetti sostanziali riferibili alla dichiarazione unilaterale da codice dei contratti pubblici non sia del tutto univoca, in quanto – si dice – il contraente

⁴⁴⁹ CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 1543.

⁴⁵⁰ In realtà, secondo la dottrina e la giurisprudenza, nel caso di inadempimento dovuto a ritardo sarebbe utilizzabile anche la risoluzione generale per inadempimento ex art. 1453 c.c.. Si veda ad esempio BENINCASA - CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, cit., 2420: "Lo strumento della risoluzione può essere utilizzato per ... il ritardo".

Tuttavia, il fatto che in caso di inadempimento da ritardo gli strumenti più adeguati siano rappresentati dalla diffida ad adempiere o, nel caso dell'appalto, dalla risoluzione ex art. 1662, si rileva, a nostro avviso, dall'incertezza delle opinioni, nel caso di utilizzo della risoluzione generale, sulla necessità o meno della sussistenza dei presupposti della mora del debitore "e, dunque, (di) una formale richiesta di adempimento".

Benincasa e Confortini indicano in proposito la posizione di coloro i quali negano tale presupposto (SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 363; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 616) e di coloro i quali, invece, affermano "la necessità dei presupposti della mora e, di conseguenza, di un atto di costituzione, tranne che non ricorra una ipotesi di mora *ex re*" (BIANCA, *Diritto civile*, cit., 280).

⁴⁵¹ FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 235.

pubblico, anche a seguito della diffida, manterrebbe la discrezionalità di risolvere o meno il contratto.

Secondo altra parte della dottrina⁴⁵², la stazione appaltante manterrebbe il potere di rinunciare alla risoluzione, in tal modo provocando l'immediata ripresa dei lavori.

I suddetti orientamenti richiedono un ulteriore approfondimento.

Osserviamo che la conservazione del potere di rinunciare alla risoluzione o il riconoscimento di un potere di *ius variandi* rispetto all'effetto sostanziale di estinzione degli effetti del contratto - con riferimento alla dichiarazione avente pacificamente effetto costitutivo *ex lege* - non sembrerebbe coerente rispetto all'automaticità dell'effetto sostanziale, che rappresenta la caratteristica distintiva di tale tipo di rimedio.

D'altra parte, potrebbe risultare eccessivamente rigoroso non consentire al committente di concedere all'appaltatore inadempiente per ritardo un nuovo termine di adempimento, rispetto alla precedente diffida. Purché, riteniamo, risulti comunque tutelato il legittimo affidamento che le dichiarazioni del committente/stazione appaltante abbia ingenerato nell'appaltatore⁴⁵³.

Occorre dare atto che detta possibilità viene ammessa in giurisprudenza con riferimento alla diffida ad adempiere ed è stata riconosciuta da parte della dottrina⁴⁵⁴.

⁴⁵² FISCHIONE, *La risoluzione degli appalti pubblici tra diritto comune e diritto speciale*, in Archivio giuridico opere pubbliche, 2008, 1980.

⁴⁵³ Si rimanda, in proposito a ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, auto responsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in Obbligazioni e contratti, 10/2005, 106.

⁴⁵⁴ Si veda Cassazione Civile, Sez. II, 4 agosto 1997, n. 7182: "Con riferimento ad un contratto cui acceda la consegna di una caparra confirmatoria, il contraente non inadempiente che abbia intimato diffida ad adempiere alla controparte, dichiarando espressamente che, allo spirare del termine fissato il contratto si avrà per risolto di diritto, ben può rinunciare, successivamente, anche mercé comportamenti concludenti, alla diffida ed al suo effetto risolutivo, come nel caso in cui espressamente conceda un nuovo, ulteriore termine per l'adempimento, con la conseguenza che, nelle more di quest'ultimo, dovrà ritenersi legittimamente esercitato, da parte del medesimo, il diritto di recesso di cui all'art. 1385 (il cui unico presupposto è ravvisabile nell'inadempimento della controparte), non

Occorre tuttavia rilevare che la stessa Corte di Cassazione – pur confermando il consolidato indirizzo secondo cui il diffidante può sempre rinunciare ad avvalersi della risoluzione già verificatasi per l’inutile decorso del termine - ha riconosciuto il “valore dei rilievi critici della dottrina”, secondo la quale “se il contratto è risolto, il creditore ed il debitore sono liberati dall’obbligazione non ancora adempiuta o sono creditori della restituzione se hanno in tutto o in parte adempiuto; ritenere diversamente – ha argomentato la Corte - significa considerare la risoluzione di diritto come un vantaggio unilaterale del creditore, da lui liberamente disponibile; essa, invece, non costituisce un privilegio per il contraente non inadempiente e rappresenta un’alternativa alla risoluzione giudiziale senza privare la parte inadempiente delle garanzie accordate dal processo”⁴⁵⁵.

Sembra potersi affermare, in definitiva, che anche il problema della ritrattabilità o meno della risoluzione automatica si presenti allo stesso modo, così con riferimento alla risoluzione ex art. 108, come rispetto alla risoluzione ex art. 1454 o 1662 c.c..

essendo, nella specie, predicabile una ormai avvenuta risoluzione contrattuale (concettualmente ostativa all’esercizio del diritto di recesso)”.

Per i riferimenti dottrinari, si rimanda a BENINCASA - CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, 2423.

⁴⁵⁵ Cassazione Civile, Sez. III, 8 novembre 2007, n. 23315.

Si veda in proposito TOSCHI VESPASIANI, *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutivi*, in *I contratti*, 5/2008, 437 e ss.: l’Autore, osserva che seguendo l’orientamento prevalente, comunque confermato dalla Cassazione con la sopra citata sentenza, “si lascerebbe ingiustamente l’inadempiente esposto a tempo indefinito all’arbitrio della parte adempiente e si pregiudicherebbe anche l’interesse generale a che siano rimesse nella circolazione economica le risorse coinvolte nella vicenda contrattuale”. Ciò che, sul piano dei principi, ed in particolare con riferimento “ad una lettura costituzionalmente orientata ... soprattutto alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., potrebbe sollevare qualche perplessità in ordine alla necessaria prevalenza di uno solo degli interessi coinvolti”. Sotto il profilo della disciplina strettamente civilistica, l’Autore indica i riferimenti agli artt. 1453, comma 2, e 1457 c.c. quali riferimenti testuali di previsioni che darebbero conferma della intenzione del legislatore di voler conferire certezza al rapporto “e quindi di limitare notevolmente la possibilità per la parte nel cui interesse è stabilito il termine, di chiedere, scaduto il medesimo, ugualmente la prestazione”.

Peraltro, proprio con riferimento all'inadempimento da grave ritardo le disposizioni citate sembrano ancora più identificabili da significative analogie, sia sotto il profilo strutturale, che funzionale.

Ed infatti, la fattispecie del grave ritardo disciplinato dall'art. 108, comma 4, si identifica del tutto con la *ratio* propria di entrambe le norme civilistiche: con riferimento alla risoluzione anticipata ex art. 1662, comma 2, c.c., per il caso in cui, nel corso dell'esecuzione, la stazione appaltante valuti che sussista un "pericolo di inadempimento"⁴⁵⁶; con riferimento alla diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., per il caso in cui, sempre nel corso dell'esecuzione, la stazione appaltante abbia accertato sussistere già un inadempimento rispetto ai termini previsti nel contratto, con riferimento al quale, tuttavia, ritenga di concedere un ulteriore termine di adempimento all'appaltatore⁴⁵⁷.

Ciò detto, quanto alle conseguenze dell'effetto risolutorio automatico, coerenza imporrebbe di seguire la dottrina più attenta sia alla struttura degli istituti, sia alle evidenze sistematiche, al fine di ritenere che "al debitore intimato non può essere richiesto di adempiere dopo che lo scioglimento del contratto si sia già verificato"⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 50; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 139; LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 152: l'autore osserva che la *ratio* della norma consiste "nell'opportunità – derivante anche da una particolare valutazione legislativa degli interessi delle parti nel contratto di appalto, determinata soprattutto dal fatto che questo contratto ... è ad esecuzione prolungata – di non imporre al committente di dover attendere passivamente l'ultimazione dell'esecuzione della prestazione del debitore che riveli già un'inadempienza di quest'ultimo e nella necessità di conferire uno spessore maggiore al potere di controllo dello stato e dello svolgimento dei lavori (art. 1662, primo comma, c.c.) che spetta al committente".

⁴⁵⁷ COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto, obbligazioni, art. 1453 -1454, Tomo I, 1, Bologna-Roma, 1990, 435: "Il fatto che il creditore conceda al debitore una dilazione per l'adempimento sta a significare esclusivamente che egli è ancora disposto ad attendere l'esatta esecuzione della prestazione per un certo periodo, trascorso il quale, il suo interesse per il mantenimento del vincolo contrattuale viene definitivamente meno".

⁴⁵⁸ COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 448: l'Autore perviene alla soluzione indicata all'esito delle seguenti osservazioni: la dilazione non risponde ad esclusive esigenze del creditore, le quali, semmai, operano come un limite per la determinazione del periodo concesso al debitore per consentirgli di adempiere ai suoi

Apparirebbe, infatti, poco coerente attribuire al committente (così come alla stazione appaltante) il potere di violare il principio stabilito dal secondo comma dell'art. 1453 c.c., consentendogli di pretendere nuovamente la prestazione: la rinuncia alla risoluzione rappresenterebbe, infatti, una contraddizione in termini, stante l'effetto automatico che da essa scaturisce.

Quanto, infine, alla gravità dell'inadempimento, con riferimento alla diffida ad adempiere, appare pacifico che lo stesso debba essere “di non scarsa importanza” al fine di provocare legittimamente la risoluzione⁴⁵⁹. Infatti detto istituto è collocato sistematicamente all'interno della disciplina della risoluzione generale per inadempimento, il cui parametro di gravità risulta quello commisurato alla non scarsa importanza⁴⁶⁰.

Come detto, caratteristica distintiva della diffida ad adempiere è data, altresì, dal fatto che la stessa ha ad oggetto “una obbligazione che ormai avrebbe dovuto essere adempiuta, mentre invece non lo è stata, e quindi ad una fase in cui l'inadempimento si è ormai verificato (la norma parla di “parte inadempiente”)⁴⁶¹.

Tale istituto appare particolarmente simile alla risoluzione unilaterale prevista dall'art. 108 del codice appalti pubblici, a causa del pacifico effetto costitutivo ad essa attribuito dall'art. 1454 c.c..

Ad analoghi rilievi è giunta a dottrina con riferimento anche alla risoluzione anticipata di cui all'art. 1662, comma 2, c.c., con riferimento al *quantum* di inadempimento richiesto.

impegni; il debitore diffidato ha interesse a non subire le conseguenze dei cambiamenti di opinione della controparte, dato che anch'egli ha la facoltà di determinare gli effetti risolutivi non provvedendo all'adempimento; si andrebbe contro il principio sancito nel secondo comma dell'art. 1453, per il quale il non inadempiente non può richiedere l'adempimento una volta proposta la domanda di risoluzione del contratto, al fine di non ledere l'interesse del debitore che si considera liberato dall'obbligo di tenersi pronto all'esecuzione della propria prestazione.

⁴⁵⁹ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano 2002, 6

⁴⁶⁰ COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 434.

⁴⁶¹ RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 283.

Tuttavia, con riferimento a quest'ultima norma il problema della sussistenza o meno di un limite minimo della gravità delle irregolarità riscontrate e contestate dal committente, al fine di poter ammettere la risoluzione in corso d'opera nel contratto di appalto⁴⁶², si pone in termini diversi rispetto alla diffida ad adempiere.

Per un verso, infatti, l'art. 1662 c.c. non è collocato all'interno della disciplina generale della risoluzione, con la conseguenza che l'applicabilità della regola generale sulla gravità dell'inadempimento ex art. 1455 c.c. potrebbe ritenersi non scontata, potendosi invece ritenere applicabili i criteri di maggior rigore cui fa riferimento l'art. 1668 c.c., stante la comune collocazione delle due norme, all'interno della disciplina dell'appalto.

Le incertezze applicative potrebbero risultare alimentate dal fatto che la norma, per un verso, non fa esplicito riferimento alla totale inidoneità dell'opera, per altro verso, non richiede la sussistenza di un inadempimento di non scarsa importanza.

A tale proposito, premesso che il committente potrebbe comunque contestare all'appaltatore qualsiasi irregolarità nel corso dell'esecuzione, indipendentemente dal raggiungimento di una soglia minima di gravità⁴⁶³, con riferimento al *quantum* richiesto al fine della dichiarazione di risoluzione, si ritiene⁴⁶⁴ che il rimedio posto dall'art. 1662 c.c. si possa attivare anche in presenza di vizi e difetti meno gravi rispetto a quelli individuati dall'art. 1668, comma 2, c.c..

⁴⁶² Con l'effetto di far sorgere comunque nell'appaltatore l'obbligo di eliminarle: LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 153 e ss..

⁴⁶³ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 154; RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 396.

⁴⁶⁴ PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 58. L'Autore segnala in proposito (ivi, nota 119) App. Firenze, 29 dicembre 19712, in *Giur. Tosc.*, 1971, 817, che ha ritenuto che si possa “giungere allo scioglimento anticipato del contratto anche là dove i vizi e i difetti non rendano l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione” o “lascino sicuramente prevedere siffatta evenienza”.

E' certo, tuttavia, che le irregolarità accertate dal committente dovrebbero essere comunque rilevanti, al punto che "se accertate dopo la consegna dell'opera, legittimerebbero quantomeno l'azione volta alla loro eliminazione o alla riduzione del prezzo ex art. 1668, 1° comma, c.c."⁴⁶⁵.

Inoltre, dette irregolarità dovrebbero essere reversibili o emendabili, in quanto, in caso contrario, l'unica azione esperibile resterebbe quella generale prevista dall'art. 1453 c.c.⁴⁶⁶.

In definitiva, anche all'esito dell'analisi degli strumenti posti a disposizione del committente per la fattispecie dell'inadempimento da grave ritardo, sembra confermato che i plurimi rimedi civilistici risultano pressoché omologhi rispetto alla risoluzione prevista dal codice dei contratti pubblici, potendosi rilevare, anche in questo caso, che le differenze evidenziate non sembra ne possano modificare i tratti strutturali essenziali.

Sembra, pertanto, ulteriormente confermata la comune natura negoziale degli specifici rimedi risolutori posti a garanzia della esatta esecuzione del contratto di appalto, sia privato, che pubblico.

⁴⁶⁵ PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 59; LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 150.

⁴⁶⁶ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 150 e ss.. Sul problema del rapporto tra la disciplina generale del contratto e quella dettata per i singoli tipi contrattuali, che non può essere qui approfondito, si rimanda a PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 59, nota 122, con ampie citazioni.

f) *Effetti della risoluzione ex art. 108.*

Ai sensi dell'art. 108, comma 5, "Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto".

Pertanto, l'appaltatore avrà solo diritto al pagamento dei lavori eseguiti, come risultanti dallo stato di consistenza, che deve essere appositamente redatto. Egli sarà inoltre tenuto al rimborso degli eventuali maggiori oneri che l'amministrazione dovesse sopportare per l'ultimazione dell'opera, oltre agli eventuali danni causati dall'inadempimento o dal ritardo. Quanto ai materiali, l'amministrazione avrà l'obbligo di rilevare solo quelli approvvigionati dietro sua ordinazione⁴⁶⁷.

Si ritiene che a seguito della risoluzione del contratto l'amministrazione non sia obbligata a procedere ad un "immediato ed autonomo collaudo delle opere eseguite"⁴⁶⁸, in considerazione del fatto che il collaudo, per sua natura, potrebbe avvenire solo ad avvenuta ultimazione dei lavori. Pertanto, in tale evenienza, la liquidazione finale in favore dell'appaltatore inadempiente e lo svincolo della cauzione definitiva potrebbero aversi solo all'esito di tali operazioni.

La norma predetermina nel dettaglio gli effetti economici della risoluzione, delineando una disciplina risarcitoria in favore della stazione appaltante, contro il pagamento dei soli lavori eseguiti, in favore dell'appaltatore.

Anche gli ulteriori effetti della risoluzione - connessi al preminente interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera - relativi al ripiegamento ed allo sgombero dei cantieri (art. 108, comma 9), ricevono una compiuta

⁴⁶⁷ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, cit., 927.

⁴⁶⁸ FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 241.

previsione normativa: dalla dichiarazione di risoluzione deriva in via immediata la modifica della situazione giuridica dell'appaltatore, il quale viene privato del titolo giustificativo della detenzione dei cantieri, al punto da essere riconosciuta la legittimazione della stazione appaltante alla liberazione delle aree, in autotutela esecutiva.

Occorre osservare, pertanto, che nell'appalto pubblico non sembrano residuare ambiti applicativi per la norma civilistica di cui all'art. 1458, dettata nella disciplina generale del contratto in tema di retroattività della risoluzione per inadempimento ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Le interessanti problematiche connesse all'art. 1458 c.c. non possono essere oggetto di trattazione in questa sede. Si vedano sul punto, con respiro di sintesi: NANNI-COSTANZA-CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Libro IV, Obbligazioni artt. 1455-1459, Bologna-Roma, 2007, 110 e ss.; DISTASO, *I contratti in generale*, Giurisprudenza sistematica civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, Vol. III, Torino, 1980, 2176 e ss.; TATARANO, *Retroattività* (diritto privato), Enciclopedia del diritto, XL, Milano, 1989.

Quanto alla complessa tematica relativa agli effetti della retroattività nel contratto di appalto d'opera, fattispecie non rientrante tra i contratti ad esecuzione continuata o periodica e tuttavia caratterizzato dalla c.d. esecuzione prolungata, si vedano RUBINO-IUDICA, *L'appalto*, cit. 407; PATTI S., *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 347 e ss.; PATTI F.P., *Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica*, Nota a Cassazione Civile, Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26199, in *I contratti*, 3/2012, 121; CORRADI, *Rapporto contrattuale d'appalto e risoluzione per inadempimento*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1992, parte prima, 481; OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista diritto commerciale*, 1943, I, 143; STOLFI, *L'appalto e i contratti di durata*, IV, Milano, 1974, 4197;

Sul connesso profilo della disponibilità o meno degli effetti della risoluzione nei contratti di durata, si vedano SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, 668; PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 128 e ss..

Si vedano, ancora GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 173 e ss., in particolare sulla ritenuta possibilità di frazionare le obbligazioni scaturenti da un contratto corrispettivo in due parti: coppie di prestazioni di cui si è verificata la patologia e coppie di prestazioni non ancora scadute, nonché OPROMOLLA, *Risoluzione parziale del contratto*, in *Contratti*, 7/2005, 654, SCHMIDLIN, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, Torino, 2006, SANTARSIERE, *Risoluzione parziale del contratto per inadempimento*, in *Il nuovo diritto*, 2000, 173, POLLAROLI, *La risoluzione parziale per inadempimento del contratto*, in *I contratti*, 3/2003, 238.

Quanto, ancora, al c.d. contratto divisibile, si rimanda a CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Milano, 1953, nonché a SANTINI, *I contratti "divisibili"*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, 3 e ss..

5- Riflessioni comparative finali.

All'esito delle acquisizioni ottenute con il lavoro che precede, appare opportuno effettuare alcune riflessioni.

Sotto un primo profilo, con riferimento all'inadempimento dell'appaltatore, abbiamo analizzato la disciplina speciale dettata dal codice civile per la risoluzione del contratto (art. 1662 ed artt. 1668), con particolare riferimento ai rapporti con le disposizioni collocate nella parte generale del codice civile (artt. 1453 e ss.)⁴⁷⁰.

Abbiamo rilevato, altresì, che la disciplina civilistica applicabile al caso specifico può essere individuata a seconda del "momento" di rilevanza dell'inadempimento dell'appaltatore⁴⁷¹, con la conseguenza che il giudizio sulla gravità dell'inadempimento che legittima il diritto potestativo di risolvere il contratto, deve essere contestualizzato all'esito della interpretazione e della qualificazione della fattispecie, con riferimento alla disciplina in concreto applicabile.

Possiamo, pertanto, analizzare in via di sintesi i risultati della ricerca dividendo idealmente l'esecuzione dell'appalto civile in due principali fasi: svolgimento dell'esecuzione, a far data dalla stipulazione fino al termine dell'esecuzione, da un lato; avvenuta consegna dell'opera, dall'altro lato.

Effettueremo successivamente le conclusioni sul raffronto tra la pluralità degli strumenti civilistici utilizzabili, rispetto alla struttura ed alla funzione

Infine, sul connesso tema del principio di conservazione, si vedano GRASSETTI, *Conservazione* (principio di), in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 176 ed ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, marzo 1984, 55 e ss..

⁴⁷⁰ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 11 e ss.; POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, cit.; RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit. 283 e ss e 401 e ss..

⁴⁷¹ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 138.

della risoluzione ex art. 108 del codice dei contratti pubblici, per poi procedere ad alcune considerazioni finali.

a) *Fase di svolgimento dell'esecuzione.*

Con riferimento alla fase di svolgimento dell'esecuzione, nel sistema codicistico assume un ruolo centrale la disposizione di cui all'art. 1662 c.c., la quale prevede in termini generali il diritto del committente di "controllare man mano"⁴⁷² lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato, nonché, come conseguenza di tale attività, qualora si accerti che l'opera presenti vizi, difformità o irregolarità rispetto alle condizioni contrattualmente pattuite o alle regole dell'arte⁴⁷³, prevede il potere di fissare un congruo termine all'appaltatore entro il quale questi dovrà conformare la propria attività alle prescrizioni impartite⁴⁷⁴.

Come è stato rilevato⁴⁷⁵, la norma - che ha rappresentato una novità inserita nel codice civile del 1942 - ha positivizzato un'interpretazione giurisprudenziale rilevabile a far data dagli anni '30 del 1900, che aveva inteso valorizzare i comportamenti preparatori e strumentali all'esatta e tempestiva attuazione dell'obbligazione.

L'acquisizione di una "nozione più ampia di prestazione, non più circoscritta all'atto solutorio finale, ossia al conseguimento del bene o del

⁴⁷² RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 280. Secondo gli Autori, "In linea di massima, controlli e verifiche possono essere eseguiti dal committente in qualsiasi momento nel corso dell'esecuzione e quante volte lo ritenga opportuno. Non mancano tuttavia i limiti. In linea generale si può dire che controlli e verifiche vanno compiuti solo nei limiti in cui il loro esercizio è giustificato, non debbono essere tali da sconvolgere l'ordinario andamento dei lavori e non debbono essere eseguiti con spirito vessatorio".

⁴⁷³ PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 51.

⁴⁷⁴ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 194: "Trascorso inutilmente il termine stabilito, è prevista la risoluzione del contratto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno. Tale norma, pertanto, (...) si sostituisce ai principi di risolubilità del contratto sanciti in generale dagli artt. 1453 e 1455 c.c., ispirandosi alla esigenza pratica di prevenire lo scioglimento del rapporto contrattuale quando l'inadempimento non abbia carattere definitivo e possa così essere eliminato, in corso di esecuzione, dall'appaltatore stesso. (...) La norma, tuttavia, prima di rendere operativo il rimedio risolutorio, prevede un ultimo tentativo di conservazione del contratto: il committente fissa all'appaltatore un termine per consentirgli di conformarsi alle condizioni stabilite nell'accordo negoziale; solo l'inutile decorso di tale termine conduce alla risoluzione del contratto come inevitabile conseguenza dell'inadempimento".

⁴⁷⁵ PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 20.

risultato da parte del creditore, ma inclusiva di tutta l'attività strumentale preordinata a tale fine"⁴⁷⁶, ha aperto la strada all'ingresso nell'ordinamento civilistico di questo singolare rimedio, finalizzato allo scioglimento anticipato del contratto.

All'intimazione di cui all'art. 1662, comma2, c.c., in particolare, è stata attribuita una funzione preventiva, rappresentando una reazione contro il "pericolo di adempimento"⁴⁷⁷.

Tale fattispecie risulta particolarmente funzionale proprio nella materia dell'appalto – in quanto contratto ad esecuzione prolungata – essendo finalizzata a “ non imporre al committente di dover attendere passivamente l'ultimazione dell'esecuzione della prestazione del debitore, che riveli già un'inadempienza di quest'ultimo”; inoltre, la norma risponde con efficacia all'esigenza e alla “necessità di conferire uno spessore maggiore al potere di controllo dello stato e dello svolgimento dei lavori (art. 1662, primo comma, c.c.) che spetta al committente”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 22.

⁴⁷⁷ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 139.

Osservano RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit. 285: “Si potrebbe dire che in virtù dell'articolo in esame, e ai soli effetti di esso, sono considerate inesatto adempimento già le irregolarità in corso di esecuzione. Ma forse è più corretto dire che di inadempimento vero e proprio, cioè attuale, ormai verificatosi, può anche ora parlarsi solo dopo la scadenza del termine finale, e che il rimedio, per la sua funzione preventiva, tutela contro il semplice pericolo attuale di un inadempimento futuro. Comunque, anche la seconda impostazione basta a far consolidare quella dell'articolo che si esamina come una vera e propria risoluzione per inadempimento”.

⁴⁷⁸ LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 152.

Si vedano le analitiche argomentazioni di RUBINO-IUDICA, *L'appalto*, cit. 289: “l'anomalia formale consiste nell'intervenire contro il ritardo ad un termine ancora non scaduto e quindi in un momento nel quale, a rigore, non potrebbe ancora parlarsi di inesatto adempimento perché l'*iter* esecutivo non si è ancora concluso. In linea sostanziale, tuttavia, ciò si giustifica considerando che un ritardo durante l'esecuzione può portare ad un ritardo finale nell'ultimazione e nella consegna e che quindi non sarebbe opportuno lasciare il committente inerte ed indifeso spettatore di questa vicenda, fino alla totale consumazione di essa. Ma perciò stesso non basta qualsiasi ritardo, anche lieve o non pericoloso ...”.

Si differenzia rispetto alla diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., in quanto non prevede un termine minimo per l'esecuzione di quanto richiesto, rinviando, in proposito, al parametro elastico della "congruità"⁴⁷⁹.

Si ritiene, inoltre, che se ne differenzi sotto altro profilo, in quanto la prima "si riferisce ad una obbligazione che ormai avrebbe dovuto essere adempiuta, mentre non lo è stata", mentre l'art. 1662 c.c. si riferisce ad "un'obbligazione che è ancora in corso di esecuzione"⁴⁸⁰.

Come rilevato da attenta dottrina⁴⁸¹ occorre sottolineare quanto sia significativo il fatto che il codice civile preveda, in questo caso, la "risoluzione automatica del contratto", senza alcuna necessità di un previo controllo giurisdizionale, semplicemente a fronte del "pericolo" che l'opera non risulti eseguita secondo le regole previste.

Si tratta, con tutta evidenza, di un diritto potestativo, espressione di una posizione di autotutela privatistica, riconosciuta *ex lege* al committente.

Appare altresì significativo che proprio con riferimento al contratto di appalto tale prerogativa si affianca al potere di recesso *ad nutum*, accordato in via generale al committente dall'art. 1671 c.c., che la più moderna dottrina ritiene esperibile anche in caso di inadempimento dell'appaltatore, "senza necessità di indagini sull'importanza dell'adempimento, le quali – secondo la giurisprudenza – rileverebbero soltanto quando il committente dovesse pretendere, altresì, il risarcimento del danno per l'inadempimento in cui l'appaltatore sia già incorso al momento del recesso"⁴⁸².

⁴⁷⁹ Con riferimento al problema controverso del se, per evitare la risoluzione, sia sufficiente che l'appaltatore nel termine assegnato esegua per intero la prestazione oppure sia sufficiente che abbia dato inizio a tale esecuzione: RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 182; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 139, nota 43, con indicazione di un orientamento giurisprudenziale (Cass. 23 marzo 1983, n. 2135, in Arch. Civ. 1983, 718) che ha accolto la tesi più rigorosa.

⁴⁸⁰ RUBINO – IUDICA, *Appalto*, cit., 283.

⁴⁸¹ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 140.

⁴⁸² PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 141: l'Autore rimanda in proposito (ivi nota 47) a Corte di Cassazione, 22 aprile 2008, n. 10400 ("In tema di appalto, nel caso di recesso del committente – sia per l'ipotesi di recesso legale di cui all'art. 1671 c.c., esercitabile in qualunque momento dopo la conclusione del contratto e

D'altra parte, il recesso – che costituisce un'eccezione alla intrinseca vincolatività del contratto - è stato recentemente descritto⁴⁸³, in termini molto efficaci, come una “figura polifunzionale, e perciò idonea a fungere da ripensamento, ma che può costituire anche un rimedio alla patologia del contratto”.

Non è azzardato, pertanto, sostenere che risoluzione di diritto e recesso per inadempimento possano fungere da strumenti alternativi, finalizzati all'immediato scioglimento del contratto a fronte di un inadempimento grave.

Da quanto osservato, sembra del tutto condivisibile quanto rilevato dal Paladini, su quanto appaia “irragionevole” che, al contrario, nel caso di vizi e difformità tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, “il committente sia costretto ad attendere i tempi del giudizio costitutivo per sentire pronunciato il suo scioglimento del rapporto contrattuale”⁴⁸⁴.

Con la conseguenza che, secondo il predetto Autore, in tutti i casi di risoluzione del contratto di appalto, il diritto del committente allo

che può essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti di inadempimento, sia per l'ipotesi di recesso convenzionale ex art. 1373 c.c. – il contratto si scioglie senza necessità di indagini sulla importanza e gravità dell'inadempimento, le quali sono rilevanti soltanto quando il committente abbia preteso anche il risarcimento del danno dall'appaltatore per l'inadempimento in cui questi fosse già incorso al momento del recesso”) e Cass. 13 luglio 1998, n. 6814, in *Studium Iuris*, 1998, 1384.

⁴⁸³ DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *I contratti*, 7/2013, 656. La “patologia” del contratto a cui si riferisce l'Autore, rispetto alla quale il recesso si pone come rimedio alternativo all'azione di annullamento o di risoluzione, è rappresentata da un difetto di informazioni taciute dall'altro contraente al momento della stipula del contratto, le quali, se conosciute, avrebbero presumibilmente indotto il contraente in buona fede a non stipulare. In chiave evolutiva, l'Autore indica la via della risoluzione di diritto, quale rimedio nei casi in cui l'inadempimento consista nella violazione di uno “specifico obbligo precontrattuale”, in quanto strumento che “facilita la possibilità di sciogliere il contratto là dove non sia prevista la facoltà di recedere”.

Da tali osservazioni si trae ulteriore conferma della contiguità, se non alternatività dei rimedi del recesso e della risoluzione di diritto.

⁴⁸⁴ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 141. L'Autore sostiene mediante argomentazioni testuali e sistematiche, che in tutti i casi di risoluzione del contratto di appalto il diritto del committente allo scioglimento del rapporto possa essere esercitato mediante “atto unilaterale, con effetti sostanziali automatici” (v. *ivi*, 144).

scioglimento del rapporto dovrebbe poter essere esercitato mediante “atto unilaterale con effetti sostanziali automatici”.

b) *Fase di avvenuta conclusione dell'esecuzione.*

Nel caso in cui l'opera risulti eseguita, gli artt. 1667 e 1668 c.c. dettano una disciplina che, seppure rubricata come “garanzia” (art. 1668 – Contenuto della garanzia per difetti dell'opera), si riferisce ad un'articolata disciplina applicabile in caso di inadempimento dell'appaltatore⁴⁸⁵.

In particolare, l'art. 1668 c.c. prevede una “triade di rimedi”⁴⁸⁶: eliminazione a spese dell'appaltatore, riduzione del prezzo e, quale rimedio finale, risoluzione del contratto, nel caso in cui i vizi dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione.

In presenza di vizi che non avessero la gravità prevista al fine di legittimare la risoluzione⁴⁸⁷, gli unici rimedi esperibili dal committente sarebbero, di conseguenza, quelli previsti dal primo comma⁴⁸⁸.

Abbiamo tuttavia rilevato che, anche in assenza dei presupposti per la risoluzione ex art. 1668, comma 2, c.c., sussistendo i vizi o le difformità di cui al primo comma, il committente potrebbe comunque recedere dal contratto, contestando all'appaltatore l'inadempimento avvenuto prima della dichiarazione di recesso⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Non appare utile in questa sede la trattazione del tema della natura giuridica di questa “garanzia”, ovvero se essa rappresenti una pur speciale applicazione della comune responsabilità contrattuale per inadempimento o non esatto adempimento, oppure se possa configurarsi come una garanzia in senso tecnico. Si rimanda per approfondimenti a RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 356, nonché a CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 67 e ss..

⁴⁸⁶ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 141.

⁴⁸⁷ Tenendo anche conto della “interpretazione estensiva” del rigorosissimo criterio di gravità formula che si legge nella norma (“del tutto inadatta alla sua destinazione”), proposta dalla dottrina: RUBINO-IUDICA, *L'appalto*, cit., 402. Gli Autori ritengono che siano da comprendere all'interno di tale enunciazione i casi di: “opera eseguita completamente diversa da quella commessa; mancanza di qualità essenziale per la natura stessa dell'opera, obiettivamente considerata; mancanza di una qualità essenziale perché come tale è stata voluta e prevista dalle parti”.

⁴⁸⁸ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 142, nota 52.

⁴⁸⁹ CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, cit., 128.

Abbiamo, altresì, dato conto dell'autorevole indirizzo dottrinario⁴⁹⁰ che ha sottoposto a revisione critica l'opinione tradizionale che afferma il carattere costitutivo della sentenza di risoluzione.

Ciò che ha indotto Della Casa ad affermare che, "in definitiva, fin dal momento della notificazione della domanda (di risoluzione ex art. 1453 c.c.) il contratto risulta inefficace: il debitore non può adempierlo spontaneamente, né il creditore può esigerne l'esecuzione".

Ed ancora: "Posto che il contratto è inefficace già al momento della domanda, il giudice non scioglie il rapporto, ma si limita ad accertare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge (gravità dell'inadempimento, assenza di circostanze giustificanti, ecc.), analogamente a come procede in relazione alle fattispecie codificate di risoluzione "di diritto".

Pertanto, "se pronunciando la sentenza il giudice si limita ad accertare una fattispecie che si è perfezionata con la proposizione della domanda, la linea di demarcazione tra la sfera della risoluzione giudiziale e quella della risoluzione di diritto si attenua fino a scomparire"⁴⁹¹.

Infine, sotto diverso profilo, si è visto che altri Autori condividono e confermano l'interpretazione secondo cui alla dichiarazione unilaterale di risoluzione devono essere attribuiti effetti sostanziali ed automatici, avendo analizzato una identità strutturale, in particolare, tra il recesso per inadempimento nella caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 c.c. e la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c.⁴⁹².

⁴⁹⁰ DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto". Orientamenti e problemi*, cit., 147 e ss.; SACCO, *Il contratto*, in Sacco e De Nova, cit. 648; SACCO, *Risoluzione per inadempimento*, Digesto disc. Priv., sez., civ., XVIII, Torino, 1998, 62; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in Tratt. Contratti Rescigno, I, I contratti in generale, 2, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 1508 e ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 335 e ss.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in Riv. Dir. Civ., 1964, I, 28 e ss.; ROPPO, *Il contratto*, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2001, 971; SMIROLDI, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 307.

⁴⁹¹ DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto". Orientamenti e problemi*, cit., 152.

⁴⁹² PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 62. All'esito di una argomentata analisi dell'istituto del recesso per caparra confirmatoria ex art. 1385

c) *Casi di non completa esecuzione, di ritardo o rifiuto di consegnare l'opera.*

Secondo la giurisprudenza, nel caso di inadempimento dell'appaltatore, in materia di appalto si applicano i principi generali sulla risoluzione quando non risultino applicabili le disposizioni speciali⁴⁹³.

c.c., l'Autore afferma che "In definitiva, non emergono aspetti che consentano di differenziare ... il recesso per inadempimento nella caparra confirmatoria e la risoluzione automatica delle figure tradizionalmente ricondotte a siffatta qualificazione (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.). Ma, allo stesso modo, non risultano profili di differenziazione neppure rispetto alla risoluzione ex art. 1453 c.c., soltanto là dove si accetti di analizzare il dato normativo e la sua dimensione sistematica senza "pre-ritenere" che l'art. 1453 c.c. codifichi la modalità "giudiziale" di risoluzione del contratto. Una recente dimostrazione della plausibile identità tra recesso ex art. 1385 c.c. e risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. perviene dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che ha sancito l'assoluta fungibilità tra domanda di risoluzione prevista nel secondo comma dell'art. 1453 c.c. ed il recesso per inadempimento di cui all'art. 1385 c.c.. Invero, così come, una volta proposta la domanda di adempimento della prestazione contrattuale, il contraente adempiente può preferire la risoluzione, senza subire le comuni limitazioni processuali che derivano dal divieto di *mutatio libelli*, allo stesso modo – qualora le parti abbiano pattuito la caparra confirmatoria – il contraente può dichiarare di recedere dal contratto e di ritenere la caparra (o di esigerne il pagamento del doppio)".

Il riferimento nel testo è a Corte di Cassazione, 24 novembre 2011, n. 24841: "Nell'ipotesi di versamento di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, la parte non inadempiente che abbia agito per l'esecuzione o per la risoluzione del contratto e per la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c., può, in sostituzione di queste pretese, chiedere nel corso del giudizio il recesso dal contratto a norma dell'art. 1385, secondo comma, c.c., non costituendo tale richiesta una domanda nuova, bensì configurando l'esercizio di una perdurante facoltà e un'istanza ridotta rispetto all'azione di risoluzione (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito con cui si era affermato che la iniziale proposizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare non precludeva alla parte attrice la possibilità di avvalersi, in corso di causa, della facoltà di recesso di cui all'art. 1385, secondo comma, c.c.)".

L'Autore conclude, quindi, affermando: "Se è possibile ritenere, dunque, che l'art. 1453, secondo comma, c.c. sia applicabile – senza alcuna differenza o alterazione – nel passaggio dalla domanda giudiziale di adempimento alla domanda di accertamento dell'estinzione del rapporto contrattuale conseguente a recesso ex art. 1385 c.c., non si comprende quale profilo normativo o sistematico imponga la diversa natura giudiziale della domanda di risoluzione espressamente menzionata nel medesimo art. 1453, secondo comma, c.c.".

⁴⁹³ Cassazione, 16 ottobre 1998, n. 10255, in Mass. Giur. It., 1998; in Urbanistica e Appalti, 1999, 168: "In tema di appalto, la responsabilità dell'assuntore del lavoro inerente alla garanzia per vizi e difformità dell'opera eseguita, prevista dagli artt. 1667 e ss. c.c., può

Pertanto, qualora l'appaltatore non esegua integralmente l'opera, oppure, avendola eseguita non la consegna o vi proceda con ritardo rispetto al termine pattuito, occorrerebbe fare riferimento alle norme sulla risoluzione generale ai sensi dell'art. 1453 c.c.⁴⁹⁴.

Inoltre⁴⁹⁵ alcune pronunce giurisprudenziali hanno ammesso l'applicazione della risoluzione generale ai sensi dell'art. 1453 c.c., quando nel corso dei lavori sia risultato evidente che i vizi e le difformità rilevate, preannunciavano un'opera del tutto inadatta alla sua destinazione e i vizi e le difformità non risultavano eliminabili. In tali casi, si ritiene che il committente possa ottenere la risoluzione senza dover attendere il compimento dell'opera.

E' stato osservato⁴⁹⁶ che tale interpretazione giurisprudenziale si avvarrebbe sia dell'art. 1662 c.c. che consente la risoluzione "in corso" di contratto e, nello stesso tempo, di quella generale di cui all'art. 1453 c.c., che prevede il presupposto dell'inadempimento di non scarsa importanza. Secondo tale costruzione, dalle due predette disposizioni si formerebbe una ulteriore norma, in virtù della quale l'appalto potrebbe essere risolto anche in corso d'opera con il rimedio della risoluzione generale, quando le difformità risultassero insanabili.

Ancora, è stato rilevato⁴⁹⁷ che l'art. 1453 c.c. risulterebbe applicabile anche con riferimento alle violazioni di obblighi preparatori ed essenziali rispetto alla possibilità materiale e giuridica di esecuzione dell'opera, come

configurarsi unicamente quando lo stesso, nell'intervenuto completamento dei lavori, consegna alla controparte un'opera realizzata nel mancato rispetto dei patti o non a regola d'arte, mentre nel caso di non integrale esecuzione dei lavori o di ritardo o rifiuto della consegna del risultato di questi a carico dell'appaltatore può operare unicamente la comune responsabilità per inadempimento contrattuale di cui agli artt. 1453 e ss. c.c.”.

⁴⁹⁴ BENINCASA - CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, Milano 2016, art. 1453 c.c. e ss.: gli Autori precisano che “Lo strumento della risoluzione può essere utilizzato per l'inadempimento definitivo e per il ritardo”.

⁴⁹⁵ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 143.

⁴⁹⁶ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Padova, 128; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 143.

⁴⁹⁷ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144.

nel caso dell'obbligo di attivazione presso un ente territoriale, allo scopo di ottenere le varianti necessarie per consentire la prosecuzione dei lavori⁴⁹⁸.

Negare l'effetto risolutivo automatico in tali fattispecie, potrebbe risultare non coerente rispetto al sistema dei rimedi risolutivi.

⁴⁹⁸ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144, nota 59, con riferimento giurisprudenziale (Cass. 15 febbraio 2013, n. 3830, in Mass. Giust. Civ., 2013).

6- L'art. 108 del codice dei contratti pubblici come norma inclusiva di tutti i corrispondenti strumenti civilistici di risoluzione.

La comparazione tra la risoluzione unilaterale ex art. 108 ed i corrispondenti rimedi civilistici, distinti con riferimento al “momento” di rilevanza dell'inadempimento, si rende possibile in considerazione della condivisa natura negoziale degli istituti coinvolti.

Dall'osservazione della pluralità dei rimedi civilistici, caratterizzati da rilevanti differenze strutturali e funzionali⁴⁹⁹ è emerso il dato oggettivo della contrapposizione di ciascun istituto civilistico di volta in volta applicabile, se non dei plurimi istituti civilistici contestualmente o alternativamente utilizzabili, nei confronti - sempre - della sola norma di cui all'art. 108 del codice dei contratti pubblici.

Vero è che quest'ultima disposizione, grazie all'accorpamento dei precedenti articoli 135, 136, 137 e 139 del codice dei contratti pubblici abrogato, risulta contenere tutta la disciplina relativa alla risoluzione.

L'art. 108 regola unitariamente la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto pubblico, recando al suo interno, da un lato, una tipizzazione di alcune fattispecie (risoluzione facoltativa e risoluzione obbligatoria), dall'altro lato, la previsione della risoluzione generale per inadempimento, nonché il caso specifico del ritardo.

La stessa norma regola compiutamente la disciplina delle conseguenze degli effetti automatici della risoluzione, sia sotto il profilo economico, sia

⁴⁹⁹ Si pensi ai diversi presupposti quanto alla gravità dell'inadempimento, da un lato, per la risoluzione generale ex art. 1453 c.c. e per la diffida ad adempiere, indicato dalla norma nella “non scarsa importanza”, dall'altro lato indicato per la risoluzione ex art. 1668 nella totale inidoneità rispetto alla sua destinazione ed, infine, per la risoluzione anticipata ex art. 1662 c.c., commisurabile al criterio della non scarsa importanza, tuttavia avendo a riferimento un probabile inadempimento connotato quantomeno in termini di sussistenza di vizi e difformità.

Si pensi, ancora, al determinante aspetto della automaticità della risoluzione dichiarata ai sensi degli artt. 1454 e 1662, comma 2, c.c. ed, invece, alla ritenuta necessità di ricorrere alla sentenza costitutiva con riferimento alle risoluzioni di cui agli artt. 1453 e 1668 c.c..

mediante attribuzione alla stazione appaltante dei noti poteri autoritativi per lo sgombero ed il ripiegamento del cantiere.

La stessa norma disciplina, infine, l'attribuzione del contestato potere alla stazione appaltante di paralizzare eventuali provvedimenti cautelari, emessi dal giudice ordinario a cognizione sommaria, tendenti ad imporre all'amministrazione la prosecuzione dell'esecuzione, ovvero la conservazione del contratto.

A differenza della pluralità degli strumenti civilistici, la risoluzione ex art. 108 ha come presupposto, in termini di gravità dell'inadempimento, da un lato, la verifica delle situazioni di inadempimento tipizzato, rispetto alle quali la valutazione della gravità è stata effettuata in via anticipata dal legislatore. Dall'altro lato - con riferimento al generico inadempimento rispetto alle obbligazioni assunte con il contratto - la gravità deve accompagnarsi alla compromissione della "buona riuscita" delle prestazioni.

Con riferimento al "momento" di rilevanza dell'inadempimento, la risoluzione ex art. 108 non individua alcuna distinzione, risultando opportunamente utilizzabile - sussistendone i presupposti - sin dalla stipulazione del contratto, fino al momento successivo alla conclusione dell'esecuzione.

Il rimedio risulta strutturato in termini molto più semplificati, avendo eliminato le conseguenze derivanti dalla sovrapposizione di istituti, aventi diversi presupposti, nonché, in alcuni casi, effetti sostanziali diversi.

Anche gli effetti della risoluzione ex art. 108 risultano più funzionali rispetto agli omologhi istituti civilistici, essendo evidente che l'automaticità della risoluzione risponde ormai ad esigenze di coerenza del sistema, nonché di snellimento e velocizzazione delle operazioni conseguenti alla cessazione di efficacia del contratto.

Ciò appare confermato da quanto ritenuto dalla più volte citata dottrina, la quale, all'esito di approfondite analisi sistematiche, strutturali e funzionali degli strumenti risolutori previsti nel codice civile, ha affermato che "in tutti

i casi di risoluzione del contratto di appalto, in definitiva, il diritto del committente allo scioglimento del rapporto può essere esercitato mediante atto unilaterale con effetti sostanziali automatici”⁵⁰⁰.

Il condivisibile intendimento perseguito dalla citata dottrina è quello di colmare quell’ “evidente distacco tra diritto e prassi, tra norma ed esperienza reale”⁵⁰¹ di cui si è trattato nel corso del lavoro, interpretando in via evolutiva gli istituti civilistici, favorendone una concreta funzionalità in vista degli interessi sostanziali sottesi al contratto.

La stessa dottrina⁵⁰² ritiene di trarre un’importante conferma rispetto alla bontà delle proprie osservazioni, proprio dal “riscontro sistematico favorevole alla natura unilaterale della risoluzione del contratto di appalto”, disciplinato dall’art. 136 del codice dei contratti pubblici del 2006 (oggi trasfuso nell’art. 108).

L’Autore non ha dubbi nel sottolineare quanto sia significativa l’omogenea comparazione di tale istituto rispetto agli omologhi strumenti risolutori civilistici.

Infatti, con riferimento alla risoluzione disciplinata dal codice dei contratti pubblici, egli rileva correttamente che “la giurisprudenza ha affermato che l’atto di risoluzione costituisce, in tal caso, esercizio di un diritto potestativo, inquadrabile nell’autotutela privata e incidente su posizioni di diritto soggettivo del privato, emergenti nella fase di esecuzione del contratto”⁵⁰³.

In definitiva, una volta che la giurisprudenza civile ed amministrativa abbiano recepito il concetto che la dichiarazione unilaterale di risoluzione non costituisce espressione di un potere amministrativo, bensì “una facoltà accordata dalla legge ad uno dei contraenti in vista dell’interesse alla

⁵⁰⁰ PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144.

⁵⁰¹ CERVALE, *Struttura dell’appalto e responsabilità dell’appaltatore*, cit. 126.

⁵⁰² PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144.

⁵⁰³ PALADINI, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 144, nota 59.

sollecita esecuzione del contratto di appalto”⁵⁰⁴, detto istituto potrebbe senza dubbio rappresentare un modello di risoluzione negoziale, sulla scorta del quale effettuare gli opportuni approfondimenti, confronti e comparazioni in via di sistema.

Al contrario, insistere nel ritenere che la risoluzione ex art. 108 non abbia natura negoziale avrebbe la conseguenza di decontestualizzare tale istituto dai rimedi risolutori individuabili nell’ambito del diritto dei contratti pubblici e privati.

⁵⁰⁴ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917, con richiami alla giurisprudenza citata ivi alla nota 73.

7- Verso una possibile tutela effettiva. Osservazioni conclusive.

Possiamo quindi ritenere che il mutato orientamento giurisprudenziale, seppure non completamente consolidato⁵⁰⁵, consenta di qualificare l'esercizio del potere di risoluzione unilaterale da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 108 del codice dei contratti pubblici, come espressione di un potere negoziale.

Abbiamo dato conto, nel corso del lavoro, che in giurisprudenza permane molta cautela nell'affermare una tutela piena all'appaltatore che intendesse reagire nei confronti di una risoluzione dichiarata dalla stazione appaltante in carenza dei requisiti di gravità dell'inadempimento ovvero in assenza dei presupposti di legge o in assenza del previsto contraddittorio.

Infatti, come è stato rilevato⁵⁰⁶, “nonostante si ammetta la possibilità per il giudice di accertare in via incidentale la legittimità dell'atto rescissorio e l'eventuale violazione da parte della committente delle clausole contrattuali, nonché il diritto soggettivo dell'appaltatore a proseguire il rapporto”⁵⁰⁷, non si assiste generalmente ad una concreta reintegrazione del diritto dell'appaltatore alla prosecuzione del contratto.

Sembra evidente, infatti, che la concessione all'appaltatore di una tutela esclusivamente risarcitoria non appare giustificata in considerazione della ritenuta qualificazione dell'atto di risoluzione in termini negoziali.

In coerenza con i poteri spettanti al giudice ordinario, secondo le regole che disciplinano il piano di riparto tra giurisdizioni, nonché avendo riguardo alla natura ed alla funzione dello strumento risolutorio, come sostenuto dalla

⁵⁰⁵ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917.

⁵⁰⁶ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917.

⁵⁰⁷ Il riferimento è a Cassazione, Sezioni Unite, 18 ottobre 2005, n. 20116, in *Dir. e giust.*, 2005, che ha inoltre precisato che la cognizione rimessa al giudice non viene meno “anche nel caso in cui l'atto rescissorio sia rivestito della forma dell'atto amministrativo, in quanto lo stesso non ha natura provvedimento e non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali” CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917, nota 82.

già citata dottrina⁵⁰⁸, si potrebbe affermare che “l’atto di risoluzione adottato in assenza dei presupposti normativi non è idoneo a provocare lo scioglimento del rapporto obbligatorio”.

Con la conseguenza che il sindacato del giudice ordinario non dovrebbe subire alcun limite verso l’emissione di provvedimenti conservativi degli effetti del contratto, con possibilità di ordinare la prosecuzione dell’esecuzione fino al completamento dell’opera, previa dichiarazione d’inefficacia della dichiarazione risolutoria illegittima.

Aderendo a tale interpretazione, i provvedimenti adottati dal giudice non potrebbero rappresentare alcuna indebita ingerenza nelle scelte discrezionali dell’amministrazione: da un lato, per il fatto che il sindacato avrebbe ad oggetto un atto negoziale e non pubblicistico.

Dall’altro lato, in quanto la conservazione del contratto rappresenterebbe la prosecuzione delle scelte compiute dalla stessa amministrazione nella fase di evidenza pubblica, attraverso la selezione del contraente⁵⁰⁹.

Sotto altro profilo, altra dottrina⁵¹⁰ sottolinea quanto risulterebbe illogico, nonché contrario agli stessi interessi pubblici coinvolti, “mantenere l’efficacia risolutiva di una determinazione che la pubblica amministrazione ha senz’altro assunto, ma solo in quanto ha ritenuto che le tassative condizioni generali sussistessero”. “Del resto – afferma Pellegrino – se il committente pubblico ritiene di dover comunque sciogliersi dal vincolo contrattuale, dispone dello strumento specifico del recesso ... facendosi carico consapevolmente dei relativi oneri”.

Aspetto, quest’ultimo, di non secondaria importanza, in quanto il minor costo – in prima battuta – della risoluzione rispetto al recesso, unitamente alla pretesa definitività dell’effetto risolutorio, potrebbe favorire un uso

⁵⁰⁸ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917

⁵⁰⁹ CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, cit., 917, nota 83.

⁵¹⁰ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall’art. 134 all’art. 140*, cit., 1177.

incongruo dell'istituto, posticipando all'esito dell'eventuale azione intentata dall'appaltatore, la quantificazione di eventuali risarcimenti.

Condividendo tali osservazioni, pur nella consapevolezza della posizione minoritaria che essa rappresenta, altro Autore⁵¹¹ ha aggiunto che "l'appaltatore dovrebbe poter chiedere al Giudice adito anche il ripristino del rapporto e, cioè, la declaratoria di inefficacia o la disapplicazione dell'atto (se se ne vuole valorizzare la veste provvedimento), con conseguente condanna della stazione appaltante all'adempimento degli obblighi nascenti dal contratto, primo tra tutti quello di consentire all'esecutore di realizzare i lavori al prezzo contrattuale".

In conclusione, sottolineando la rilevanza di un ulteriore profilo che supera la prospettiva dell'interesse delle parti (ivi compreso lo specifico interesse pubblico dedotto in contratto), possiamo dire che la seguente affermazione del Linguiti rappresenta, in sintesi, il significato del filo rosso che ha guidato questo studio, nell'intento di valorizzare l'aspetto funzionale degli istituti dei quali si è trattato: "una tutela giudiziaria piena (e rapida) concorre a determinare quelle condizioni di parità, trasparenza e legalità necessarie al fine di rendere effettiva e virtuosa la competizione tra concorrenti, essendo evidente che la limitazione di una tale tutela, rendendo incerta e non definitiva una commessa, la rende senz'altro meno appetibile"⁵¹².

Non occorre soffermarsi ulteriormente sulla necessità che le interpretazioni della giurisprudenza vengano conformate quanto più possibile al perseguimento di una tutela effettiva, la quale dovrebbe rappresentare in ogni settore della Giustizia il primo obiettivo da perseguire, in ossequio ai principi costituzionali contenuti negli artt. 24 e 111 della Costituzione.

⁵¹¹ LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 684.

⁵¹² LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici* (art. 126; 129 – 141), cit., 685.

Come è stato efficacemente rilevato⁵¹³ l'art. 47, intitolato "*Diritto ad un ricorso effettivo*", collocato nel capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dedicato alla "*Giustizia*", al primo comma dispone che "ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice".

Non si può non convenire, in definitiva, con l'osservazione⁵¹⁴ secondo cui "l'effettività della tutela sotto il profilo funzionale" – unitamente all'indipendenza ed imparzialità del giudice sotto il profilo strutturale – rappresentano i "due *standards* sovranazionali alla stregua dei quali devono essere apprezzati i sistemi giurisdizionali nazionali, anche nel loro riferirsi alle controversie fra cittadini e le amministrazioni pubbliche che esercitano poteri amministrativi".

Quali ultime osservazioni a corollario di quanto sopra, si aggiunge che, a parere di chi scrive, l'autotutela esecutiva - posta dalla legge a presidio dell'interesse pubblico alla veloce ripresa dei lavori per il completamento dell'esecuzione – non rappresenta un ostacolo alla prospettata effettività di tutela, soltanto a condizione che al giudice ordinario venga riconosciuto il potere di emettere provvedimenti ai quali la stazione appaltante debba conformarsi.

Qualora tale forma di tutela non venisse riconosciuta, la suddetta potestà esecutiva potrebbe rappresentare uno strumento idoneo a consentire l'ingiustificata prosecuzione di una condotta viziata posta in essere dall'amministrazione, con conseguente rischio di favorire dinamiche poco virtuose da parte delle stazioni appaltanti.

Ancora con riferimento all'autotutela esecutiva, si osserva che qualora anche al giudice ordinario venisse riconosciuto il suddetto sindacato pieno

⁵¹³ BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1/2013, 47 e ss.

⁵¹⁴ BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 47 e ss.

sull'atto di risoluzione, residuerebbe in ogni caso il problema della compatibilità della cauzione prevista dall'art. 108, comma 9, seconda parte, rispetto al "primario diritto costituzionale alla difesa e alla piena tutela giurisdizionale di diritti ed interessi, nonché con le stesse esigenze di contenimento della spesa pubblica"⁵¹⁵.

Dal momento che la norma non risulta essere stata oggetto di pronunce significative, occorrerà attendere l'esito applicativo della disposizione, che consentirà alla magistratura ed agli interpreti un più completo approfondimento, sotto il particolare profilo della compatibilità rispetto ai principi costituzionali sopra evidenziati.

Infine, all'esito dei risultati conseguenti alla comparazione tra la risoluzione "pubblicistica" e le risoluzioni civilistiche, sembra giustificato formulare l'auspicio che si rafforzi il processo virtuoso di osmosi tra appalto pubblico ed appalto privato. Ciò potrebbe favorire l'applicazione delle interpretazioni evolutive delle norme del codice civile che disciplinano l'appalto, con conseguente recepimento dei tratti strutturali e funzionali dell'istituto della risoluzione per inadempimento del codice dei contratti pubblici, quale risoluzione automatica, con riferimento a tutte le fasi dell'esecuzione ed anche successivamente all'avvenuta consegna dell'opera.

Apparirebbe assai coerente con una tendenziale pienezza di tutela che anche nell'appalto civile, come auspicato dal Paladini, a legislazione invariata, alla dichiarazione unilaterale di risoluzione "consegua il diritto del committente a rientrare nel possesso del bene ove l'appaltatore stava eseguendo l'opera, rispetto al quale la detenzione dell'appaltatore stesso dovrà intendersi cessata e, pertanto, *sine titulo*".

D'altra parte, nel ripercorrere la genesi del contratto di appalto abbiamo rilevato che solo con il codice civile del 1942 tale figura contrattuale è stata

⁵¹⁵ PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, a cura di Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, Roma, 2008, 938.

positivizzata e strutturata definitivamente, traendo importanti elementi della disciplina proprio dall'appalto pubblico, come delineato con la legge sulle opere pubbliche del 1865.

Non rappresenterebbe, pertanto, un'assoluta novità, il trasferire in ambito civilistico gli aspetti funzionali che abbiamo potuto evidenziare come significativamente positivi, nello studio della disciplina del contratto di appalto pubblico.

Sembra logico, infatti, che non soltanto le stazioni appaltanti, ma certamente anche i committenti privati avvertano la necessità di una tutela veloce ed effettiva, con riferimento alla reazione all'eventuale inadempimento dell'appaltatore.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, *Infondatezza della pretesa risolutoria manifestata in sede stragiudiziale: rimedi a favore del debitore*, in Trattato del contratto diretto da Vincenzo Roppo, V, Rimedi – 2, Milano, 2006

ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, auto responsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in Obbligazioni e contratti, 10/2005, 106

ALBISINNI F.G., *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in Giornale di diritto pubblico, 4/2016, 510

ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in Rivista critica del diritto privato, n. 1, marzo 1984

ANCORA, *La rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche, Autotutela e potere negoziale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993

AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Studi di diritto privato diretti da Giuseppe Messina, Milano 1942, Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane

AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in Giornale di diritto amministrativo, 4/2016, 505

BACCARINI - CHINE' - PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, con il coordinamento di Daniele Dongiovanni e Diego Sabatino, Milano, 2015

BARONE, Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 17 novembre 1984, n. 5841

BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1/2013, 47 e ss.

BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XI, Milano

BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999

BENINCASA, *Formalismo e locazione*, Milano, 2000

BENINCASA - CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, con la collaborazione di A. Rizzi, Torino, 2005

BENINCASA - CONFORTINI, *Codice civile ipertestuale*, Torino 2016, art. 1453 c.c. e ss..

BENVENUTI, Voce *Autotutela (Dir. Amm.)*, in Enciclopedia del diritto, Milano, IV, 1959

BERTOLOTI – COTTINO, *Codice civile ipertestuale*, Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, con la collaborazione di A. Rizzi, Torino, 2005

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, 1994

BIAGETTI, *Il recesso*, in AA. VV. Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a cura di V. Italia, Torino, 2007

BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1987

BIANCA, *La responsabilità*, Diritto civile, V, Milano 1994

BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Dipartimento di diritto dell'economia dell'Università di Napoli, Milano, 1999

BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991

CACCIAPAGLIA, *La rescissione e l'exceptio inadimpleti contractus nei contratti e concessioni di servizi pubblici*, in Riv. Dir. Pubbl., 1922

CAGNASSO, Voce *Appalto nel Diritto Privato*, in Digesto quarta edizione, Discipline privatistiche, Torino 1987

CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione* 1) Diritto civile, in Enciclopedia giuridica Treccani, XVI

CAMMEO, *I contratti della P.A.*, Firenze 1937

CAPUTI – VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale*, in Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Commentario sistematico a cura di Fabio Saitta, Milano, 2008

CARANTA, *I contratti pubblici*, in Sistema del Diritto Amministrativo italiano, diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2012

CARBONE, *Esecuzione del contratto e contabilità delle forniture e dei servizi*, in Il nuovo regolamento sui contratti pubblici, a cura di Roberto Giovagnoli, Milano, 2011, 825 e ss.

CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012

CARINGELLA, *Limiti interni e poteri del g.o. – Azioni proponibili e disciplina del processo*, in Manuale di diritto processuale amministrativo, a cura di F. Caringella, R. De Nictolis, V. Poli, Roma, 2009

CARINGELLA – GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015

CARINGELLA - PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, Collana diretta da C.M. Bianca, A. Catricalà, V. Scordamaglia, Roma, 2012

CAROLI CASAVOLA, *Le procedure di aggiudicazione*, in Giornale di diritto amministrativo, 4/2016, 451

CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua in aggirabile specialità*, in www.giustizia-amministrativa.it

CARULLO – IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2012

CASSESE, *Il diritto amministrativo tra XX e XXI secolo*, dieci anni di riforme amministrative, in Giornale di diritto amministrativo, 7/2004, 780

CATRICALA', *L'autotutela della stazione appaltante*, in Rivista Trimestrale Appalti, 2001

CAVALLO PERIN – RACCA', *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in Dir. Amm. 2010

CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012

CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, Temi di diritto privato e di diritto pubblico, collana diretta da Guido Alpa, Milano, 2016

CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012,

CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, 1/1999, 71.

CHITI M.P., *Il sistema delle fonti nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *Giornale amministrativo*, 4/2016, 436.

CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Decima edizione, Milano, 1999

CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Milano, 1953

CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016

CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale dell'attività amministrativa*, Torino, 1997

COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino 2011

CORRADI, *Rapporto contrattuale d'appalto e risoluzione per inadempimento*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1992, parte prima, 481

CORSO, Voce *Autotutela (Dir. Amm.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006

COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro quarto, obbligazioni, art. 1453 -1454, Tomo I, 1, Bologna-Roma, 1990

- COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1953
- CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell'amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto nell'appalto di opere pubbliche*, in *Foro Amministrativo*, 2000, 297
- D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 499
- DE BON, *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di Giorgio De Nova, Milano, 1994
- DELLA CASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in *Trattato del contratto* diretto da Vincenzo Roppo, V, Rimedi – 2, Milano, 2006
- DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *I contratti*, 7/2013, 656
- DE NICTOLIS, *L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e i principi relativi ai contratti pubblici*, in *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, opera diretta da Francesco Caringella e Mariano Protto, Bologna, 2012
- DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, IPSOA, 5/2016, 503
- DE PORCELLINIS, *Sulla natura giuridica dell'appalto di LL.PP.*, in *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia – La Giustizia Amministrativa*, Parte Prima, Roma 1936
- DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016
- DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale*, *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca, Libro quarto, obbligazioni artt. 1173 – 1176, Bologna – Roma, 1988, 85
- DI MAIO, *Obbligazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI

DI NITTO, *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 465

DISTASO, *I contratti in generale*, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da Walter Bigiavi, Vol. III, Torino, 1980

FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984

FANTINI, *Regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici*, su www.treccani.it

FERRARI – MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013

FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 443

FISCHIONE, *La risoluzione degli appalti pubblici tra diritto comune e diritto speciale*, in *Archivio giuridico opere pubbliche*, 2008

FORTI, *Contributi alla teorica della responsabilità*, in *Studi e questioni di diritto*, 189

FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *I contratti*, n. 4/1994

FRANCO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2014

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Volume I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale Art. 1372 – 1373*, in *Il Codice civile Commentario* diretto da Pietro Schlesinger, Milano, 1999.

FRONTONI, *Brevi note in tema di rescissione d'ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. App.*, 1994

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Padova.

GALGANO, *Degli effetti del contratto*, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano*, Libro quarto: *Obbligazioni*, art. 1372 – 1405, Bologna-Roma, 1993

GALLI, *I settori speciali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 470

GALLO, *I rapporti contrattuali del diritto amministrativo*, Padova 1936

GAROFOLI – FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Tomo II, Roma, 2012

GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2015

GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990

GENTILI, *Abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012

GHETTI, *Voce Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. It. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987

GIAMPAOLINO, *Termini di adempimento, recesso e risoluzione nell'appalto di lavori*, I settori speciali, l'esecuzione, *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Maria Alessandra Sandulli, Rosanna De Nictolis, Rosanna Garofoli, Milano, 2008

GIAMPAOLINO, *I settori speciali. L'esecuzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Maria Alessandra Sandulli, Rosanna De Nictolis, Roberto Garofoli, Milano, 2008

GIAMPAOLINO, *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. Giampaolino – M.A. Sandulli – G. Stancarelli, Milano, 2001

GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993

GIATTANASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale già diretto da Antonio Cicu – Francesco Messineo*, continuato da Luigi Mengoni, Milano, 1977

GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze 1913, II, 1899

GIORGIANI, *Inadempimento (Diritto privato)*, *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano 1970, 861

GIORGIANI, *L'inadempimento*, Milano, 1975

GOGGIAMANI, *Il recesso*, *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, vol. V, 2008

GRASSETTI, *Conservazione* (principio di), in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961

GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, 1986

GUARINO, *Opere pubbliche, Dizionario Amministrativo*, Milano, 1983

GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 495

GUERINONI, *Il contratto "incompleto"*, in *PMI*, n. 9/2006

IRTI, *Prefazione*, in Vincenzo Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990

KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, *RDC*, 1964, I, 28

LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 459

LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, 1964, ora in *Scritti Giuridici*, Padova 2002

LINGUITI, *L'esecuzione del contratto. Disposizioni sull'esecuzione dei lavori pubblici (art. 126; 129 – 141)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di Linguiti, Clarich, Fidone, Fonderico, Torino, 2010

LINGUITI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, 2013

LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano 2002

LUMINOSO, *I contratti per l'esecuzione di opere e di servizi*, in *Istituzioni di diritto Commerciale* a cura di Vincenzo Buonocore, Torino, 2003

MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001

MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 476

MASSARI, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, Le novità del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per i settori ordinari, Santarcangelo di Romagna, 2016, 328.

MASSERA, *Contratti con la pubblica Amministrazione*, in Dizionario di diritto pubblico diretto da Sabino Cassese, Vol II, Giuffrè 2006

MASSERA, *I contratti*, in Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese, Tomo secondo, Milano, 2000

MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in www.astrid-online.it, 2007

MAZZONE – LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Roma, 2005

MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002

MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (diritto vigente), in Enciclopedia del diritto, XXXIX

MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in Dir. Amm. 4/2004

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Volume secondo, Parte seconda, Milano, 1951

MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1997

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980

MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988

MOSCARINI, *L'appalto*, in Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, Torino, 1984

MUSOLINO, *Profili di interpretazione storica del contratto di appalto*, in *L'appalto pubblico e privato*, diretto da Giuseppe Musolino, Il diritto Privato nella giurisprudenza a cura di Paolo Cendon, Vol. I, Torino

MUSOLINO, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, in Riv. Trim. App., 2008, 1, 18

NAPOLEONE, *Il codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di Fabio Garella e Marco Mariani, Torino, 2016, 289

NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. Amm.* 2003

NANNI-COSTANZA-CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Libro IV, Obbligazioni artt. 1455-1459, Bologna-Roma, 2007

NERVI, *Le parti del contratto*, in *L'appalto privato* (a cura di V. Cuffaro), in *Trattato dei contratti* diretto da Pietro Rescigno, Torino 2011

NIGRO, *Giustizia amministrativa*, V edizione, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2000

OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista diritto commerciale*, 1943, I, 143

OPROMOLLA, *Risoluzione parziale del contratto*, in *Contratti*, 7/2005, 654

OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in *Scritti giuridici* (già NDI, VIII), I, Milano, 1973

PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, in *Quaderni di studi senesi*, raccolti da Paolo Nardi, MILANO, 2006

PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998

PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Studi di diritto privato, Collana diretta da F.D. Busnelli, S. Patti, V. Scalisi, P. Zatti, Torino, 2013

PATTI F.P., *Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica*, Nota a Cassazione Civile, Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26199, in *I contratti*, 3/2012, 121

PATTI S., *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002

PELLEGRINO, *Codice degli appalti pubblici, Commento dall'art. 134 all'art. 140*, a cura di Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, Roma, 2008

PERFETTI, *Risoluzione e rescissione del contratto d'appalto con l'amministrazione*, in Repertorio degli Appalti Pubblici, Volume secondo, Milano 2005

PERFETTI, *Repertorio degli appalti pubblici*, Volume II, Milano 2005

PIAZZA, *Rescissione di ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche. Problemi di tutela giurisdizionale dell'appaltatore*, in Rivista Trimestrale degli appalti, 1987, 719

PICOZZA, *Il recesso*, in I lavori pubblici, a cura di M.A. Sandulli – M. Solinas, Padova, 1990

PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 1/2015, 77

POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in Diritto Amministrativo, n. 4/2014, 725 e ss.

POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, in Quaderni della rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingieri, Napoli, 2004

POLLAROLI, *La risoluzione parziale per inadempimento del contratto*, in I contratti, 3/2003, 238

PUTORTI', *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008

RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970

RESTA, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in Foro amm. 1932, II, 185

ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1937

ROPPO, *Il contratto*, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2001

ROSELLI, *Disciplina del contratto e regime del recesso. Le possibili fattispecie e le figure contigue*, in www.ambientediritto.it

RUBINO – IUDICA, *Appalto*, in Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca a cura di Francesco Galgano, Bologna- Roma, 1992

RUSCICA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, aggiornato al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a cura di Serafino Ruscica, 2016

SACCO, *La risoluzione giudiziale*, in *Il contratto*, Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, Tomo II, Torino, 1993

SACCO, *Risoluzione per inadempimento*, Digesto disc. Priv., sez., civ., XVIII, Torino, 1998

SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004

SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995

SAITTA, *L'autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e poteri di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. It.*, n. 12/2015, 2748

SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965

SANTARSIERE, *Risoluzione parziale del contratto per inadempimento*, in *Il nuovo diritto*, 2000

SANTINI, *I contratti "divisibili"*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, 3

SANTORO P. – SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, VIII edizione, Santarcangelo di Romagna, 2011

SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9/2013, 795

SCHMIDLIN, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, Torino, 2006

SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002

SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, I, 5

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961

SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, *Il codice civile*, Commentario fondato e già diretto da Pietro Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2007

SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, Assago, 12/2015

SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982

STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano 1999

STOLFI, Voce *Appalto (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto* Vol. II, Milano 1958

STOLFI, *L'appalto e i contratti di durata*, IV, Milano, 1974, 4197

STRANO, *L'elemento temporale nell'esecuzione dei lavori pubblici*, in F. Mastragostino (a cura di), *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, Torino 2001

TADDEI ELMI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da Giuseppe Franco Ferrari e Giuseppe Morbidelli, Artt. 121 – 205, Milano 2013

TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. Contratti Rescigno*, I, I contratti in generale, 2, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999

TATARANO, *Retroattività (diritto privato)*, *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989

TOSCHI VESPASIANI, *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutori*, in *I contratti*, 5/2008, 437

TURCO LIVERI, *Rescissione, recesso e risoluzione nel contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Amm. Ital.*, 1987

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002

TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 4/2004

VACCHELLI, *Diritti ed interessi negli appalti per l'esecuzione di OO.PP.*, in *Dir. Pubbl. Appalto*, 1918

VACCHELLI, *Sulla illegittimità e invalidità degli atti amministrativi per omissione di forme*, in *Foro Italiano*, 1906, I, 427

- VARANESE, *Le controversie per la rescissione degli appalti di opere pubbliche*, nota a sentenza Consiglio di Stato, VI Sezione, 21 aprile 1952, n. 237, in *Acque, bonifiche e costruzioni*, 1953, 264
- VELTRI, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 488
- VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016, 578
- VISINTINI, *Inadempimento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI
- VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol.IX, Voce Contratto (Dir. amm), Milano, 1961.